Zusendung nichtbestellter Sachen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock.

Vorgelegt von

Hellmuth Franke.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Tag der Promotion: 23. Juli 1926.

BERLIN
Druckerei Studentenwerk Berlin, e. V., Berlin N 24, Friedrichstraße 107
1926

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 7
§ 2. Tatbestand einer Zusendung nicht bestellter Sachen 8
§ 3. Rechtlicher Charakter einer derartigen Zusendung 11
§ 4. Besteht für den Adressaten eine Abnahmepflicht? 18
§ 5. Der Adressat nimmt den der Sendung zu Grunde liegenden Antrag an. 22
§ 6. Besitzverhältnisse bei Ablehnung des Antrags 27
§ 7. Besteht eine Aufbewahrungspflicht? 37
§ 8. Antwortpflicht, insbesondere die Bedeutung des Schweigens 42
§ 9. Entledigungsrechte 48
§ 10. Die rechtliche Stellung des Absenders 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549208_0109

Benutzte Literatur.

Affolter, im Archiv für bürg. Recht, herausg. von Kohler, Bd. 17, S. 1.

Aravantinos, P. J., Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 48, S. 101 ff. Jena 1904.

Assmann, Dr. Arnold, Die unbestellten Zusendungen. Berlin 1901.

Beer, L., in der Deutschen Juristenzeitung, 6. Jahrgang 1901, Nr. 19.

Bekker, in Iherings Jahrbuch, Bd. 34, S. 33.

Berg, Hans, Erwerb und Verlust des Besitzes. Dissertation Rostock 1905.

Breit, Dr. James, Die Geschäftsfähigkeit. Leipzig/Roßberg 1903.

Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrecht, Bd. 15, S. 187, S. 315.

Cochlovius, in den Blättern für Rechtspflege, Jahrgang 28, Nr. 6.

Colberg, Albrecht, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe. Bonn 1908.

Endemann, Deutsches Handelsrecht, 4. Auflage. 1887.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, 9. Auflage, Bd. 1. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürg. Rechts, 15. bis 19. Aufl. Marburg 1923.

Frank, Carl, Der Besitzwille nach dem BGB. Jur. Diss. Bonn 1898.

Fränkel, Ludwig, Die unbestellte Ware. Jur. Diss. Jena 1902.

Friedheim, Sally, Die Zusendung unbestellter Ware nach neuem deutschen Handelsrecht. Jur. Diss. Rostock 1903.

Gareis, Carl, Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870.

Gierke, Otto v., Deutsches Privatrecht, Bd. 2. 1905.

Goldschmidt, L., Vermischte Schriften, Bd. 1, S. 344. Berlin 1901.

Hanausek, Gustav, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883.

Hanausek, Gustav, Facturen und Facturenklauseln nach österreichischem Recht. Wien 1891.

Heppe, Otto, Aufbewahrungspflicht von unbestellt Zugesendetem. Nach gemeinem Zivilrecht. Jur. Diss. Erlangen 1896.

Hoppe, Mieczyslaw, Der rechtliche Inhalt des Vertragsantrags bei unbestellten Zusendungen. Diss. Greifswald 1918.

Häntsch, H., Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1899.

Josef, E., in der Deutschen Juristenzeitung. 6. Jahrg., 1901, Nr. 19.

Klemm, H. H., Ueber die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zu Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waren Leipzig 1854.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bd. 1 und 3. Berlin Leipzig 1923.

Kniep, Besitz. Jena 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Teil 1.

Lange, Fritz, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen. Jur. Dis Heidelberg 1907.

Luckhaus, Alfred, Die unbestellte Ware. Jur. Diss. Erlangen 1896.

Maenner, Karl, Das Sachenrecht. München 1906.

Mantey, im „Recht", 1901, S. 513.

Milster, Egon, Die Rechte und Pflichten des Empfängers unbestellter War Jur. Diss. Erlangen 1901.

Oertmann, Kommentar zum BGB., 2. Aufl.

Planck, Kommentar zum BGB., 4. Auflage, 1920.

Pigge, Adolf, Abnahme und Aufbewahrung von unbestellten Zusendunge nach dem bürgerlichen- und Handelsrecht. Jur. Diss. Leipzig 190

Raape, Leo, Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Jur. Diss. Bonn 1901.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I. Weimar 1868.

Rosenberg, Leo, Kommentar zum Sachenrecht. München 1919.

Schlotter, Paul, Die unbestellte Ware. Jur. Diss. Erlangen 1899.

Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. 1 und 3; 9. Aufl., Berlin Münche 1925—26 und Bd. 2; 7/8. Aufl., 1912.

Strohal, Sachbesitz in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil (BGB.) Bd. 1.

Weist, Kurt, Die unbestellte Zusendung. Jur. Diss. Breslau 1920.

Zitelmann, Dr. Ernst, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. für d Deutsche Reich. Berlin 1889.

§ 1. Einleitung.

Der im täglichen Leben nicht selten vorkommende Fall, daß einem gänzlich unbestellt irgend welche Sachen ins Haus geschickt werden, hat, da er juristisch viel Interessantes bietet, schon mehrfach zu eingehenden Betrachtungen Anlaß gegeben.[1]) Besonders hat dieses Thema wohl deshalb angeregt, weil positive Rechtsnormen darüber nicht bestehen. Weder im BGB. noch im HBG. ist diese Materie behandelt, abgesehen von den §§ 362, 378, die nur einen ganz geringen Teil der vorkommenden Fälle regeln. Jedoch ist das zu begrüßen; denn bei der großen Verschiedenartigkeit hätte eine bestimmt festgesetzte Regelung, soweit diese überhaupt möglich wäre, nur zu einer Erstarrung führen müssen, die dem konkreten Tatbestand Gewalt antut. Deshalb hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, allgemeine Rechtsgrundsätze im BGB. aufzustellen, die es ermöglichen, bei genauer Beachtung dieser, zu einer glücklichen Lösung der verschiedenen Fragen zu kommen. Daher ist heute der Vorwurf über den Mangel von positiven Rechtsnormen nicht mehr angebracht.[2]) Die Arbeit setzt sich zum Ziel die Erörterung der Fälle, in denen es sich um die Zusendung einer nicht bestellten Sache handelt. Es fallen also unter das Thema nicht nur die Zusendung von Waren, sondern auch die Fälle, in denen z. B. Preislisten, Kataloge u. a. den Gegenstand der Sendung bilden.

[1]) So besonders: Aßmann, Weist, Lange a. a. O.

[2]) Gareis: Stellen zur Disposition. Vorrede Seite IV.

§ 2.

Tatbestand einer Zusendung nicht bestellter Sachen.

In der Praxis wird der Fall einer unbestellten Zusendung, daß jemand einer anderen Person aus freien Stücken etwas zuschickt am häufigsten in der Absicht, mit dieser in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, vorkommen. Entweder werden Gegenstände von nur geringem Wert verschickt, wie z. B. Preislisten oder geringe Quanten als Probe, oder es besteht die Sendung aus den speziell angebotenen Sachen.

Hierbei handelt der Absender entweder aus eigener Initiative oder auf fremde Anregung, nur nicht auf Veranlassung des Adressaten oder seines Bevollmächtigten. Dabei ist es gleichgültig, ob er weiß, daß die abgesandten Sachen nicht bestellt worden sind. Auch im Falle eines beachtlichen Irrtums auf Seiten des Absenders muß man von einer Zusendung nicht bestellter Sachen sprechen. Ebenfalls dann, wenn bei einem Geschäftsinhaber eine Bestellung einläuft, und die bestellte Ware irrtümlich an einen Dritten geschickt wird, sei es durch falsche Adressenaufschrift oder infolge eines Versehens des Frachtführers, liegt eine unbestellte Zusendung vor, ebenso, wenn der Absender glaubt, es sei bei ihm eine Bestellung eingelaufen, und nun infolge dieser irrtümlichen Annahme die Ware abschickt.

Ein anderer Fall irrtümlicher unbestellter Zusendung ist dann gegeben, wenn jemand, ohne Bevollmächtigter zu sein, für einen Dritten Sachen bestellt und der Kaufmann im Vertrauen auf die Vertretungsmacht dem Dritten die Sachen zuschickt. War der Besteller ein Minderjähriger, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelte, so steht der Absender demjenigen gleich, der überhaupt ohne jede Bestellung seine Sachen verschickt. Ebenso ist die Lage des Absenders, der den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte.

Eine weitere wichtige Gruppe, die neben den Fällen, bei denen Sachen ohne jede Bestellung versandt werden, in der Praxis am häufigsten vorkommt, bilden die Fälle, bei denen zwar eine Bestellung zu Grunde liegt, aber einmal mehr Sachen als bestellt, das andere Mal andere Sachen als bestellt geschickt werden. Je nachdem bei der Mehrsendung das Zugesandte juristisch eine teilbare Sache, d. h. deren Teilung in einzelne Stücke keine Wert-

minderung nach sich zieht, ist oder nicht, kommt man zu einem verschiedenen Ergebnis. Ist von einer teilbaren Sache mehr als bestellt gesandt, so kann der Gläubiger das Zuviel von dem Bestellten absondern und die übrig bleibende bestellte Menge als Erfüllung des bestehenden Vertrags betrachten.

Das Abgesonderte ist für ihn dann unbestellte Ware, der gegenüber er die später zu behandelnden Rechte und Pflichten hat. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der Empfänger immer auf die soeben geschilderte Art verfahren muß. Dies hängt vielmehr ganz von den Umständen des konkreten Falles ab. Ist z. B. die Trennung der bestellten Sachen von den unbestellten nur sehr schwer durchzuführen, z. B. wegen der Eigenschaften oder aus Mangel an den nötigen Hilfsmitteln oder ist sie nur mit großem Zeitverlust zu erreichen, so leuchtet es ein, daß der Empfänger nicht verpflichtet ist, die Teilung vorzunehmen und den Rest als Erfüllung anzunehmen. Denn hier kann ihm diese Tätigkeit nicht zugemutet werden. In der Unzumutbarkeit will ich überhaupt die Grenze sehen für die Verpflichtung des Empfängers, die Trennung auszuführen. Inwieweit eine solche Tätigkeit dem Empfänger zugemutet werden kann, bestimmt sich einerseits nach Treu und Glauben, andererseits nach der Verkehrssitte. Jedoch muß das Gebiet, in dem eine Teilungsverpflichtung des Empfängers bestehen soll, sehr eng anzunehmen und im Zweifel eine derartige Verpflichtung zu verneinen sein. Wird die Trennung, außer daß etwa eine Verpflichtung hierzu besteht, nicht vorgenommen, dann ist der Tatbestand der gleiche, wie wenn das Zugesandte nicht teilbar ist. In beiden Fällen ist die Sendung vertragswidrig in ihrer gesamten Ausdehnung und kann daher zurückgewiesen werden. Wird sie abgenommen,[1]) so kann sie als unbestellte Sache behandelt werden. Das Handelsrecht gibt aber für die seiner Herrschaft unterstehenden Fälle in den §§ 378, 379 eine besondere Regelung.

Bei Mehrsendungen, bei denen eine Teilung schlechthin unmöglich oder nicht zumutbar ist, stellt sich die gelieferte Sache nicht mehr als eine nur mangelhafte, sondern als eine andere als die bestellte Sache dar, also eine unbestellte. Bei Teilung ist das Abgesonderte unbestellt, bei Unteilbarkeit oder Nichtvornahme der Teilung die gesamte Sendung.

[1]) Das rein tatsächliche „Abnehmen" ist gemeint. Gleich „Empfangen".

Damit ist bereits gesagt, daß eine von der bestellten Gattung abweichende Sache, also eine andere Sache als die bestellte, immer als unbestellte behandelt werden kann. Sind die Kontrahenten Kaufleute, so greift das Handelsrecht Platz, welches bestimmt, daß eine andere Sache nur dann als unbestellt gelten kann, wenn sie offensichtlich so erheblich von der Bestellung abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß. (§ 378 HBG.)

Durch diese Regelung des HGB. hat eine Meinungsverschiedenheit in der Wissenschaft für das Handelsrecht die Bedeutung verloren, jedoch nicht für das bürgerliche Recht. Unter der Herrschaft des alten HBG. stritt man sich über die Gesichtspunkte, nach denen eine Entscheidung getroffen werden sollte, wann eine mangelhafte Sache, und wann eine andere, also unbestellte, geliefert war. Die eine Meinung geht dahin, daß in Grenzfällen das bei einem konkreten Vertragsverhältnis zum Ausdruck gekommene Willensmoment zu berücksichtigen wäre, da eine Sache, die für Außenstehende nur wenig von der Bestellung abweicht, für den Besteller sich als andere, gänzlich unbrauchbare darstellen kann.[1]) Andererseits[2]) wollte man der vorherigen Ansicht nicht ganz so weit folgen, vielmehr sollten die herschenden Gebräuche und die am Platze geltenden Usancen einen für die Entscheidung maßgebenden Einfluß haben, damit nicht ein in dieser Richtung dolos handelnder Verkäufer die Vorteile des Art. 347, Abs. 2 a HGB. genießen würde. In Ansehung der durch die Anwendung dieser Grundsätze bewirkten Einschränkung des Art. 347 ging eine dritte Meinung[3]) dahin, daß an die Beurteilung der Frage nur ein ganz objektiver Maßstab gelegt werden dürfe. Jedoch stimmen alle darin überein, daß den Ausschlag das Urteil des Sachverständigen zu geben habe. Heute sind im Handelsrecht bis auf die oben angeführte Ausnahme mangelhafte und andere Sachen in der Behandlung gleichgestellt, wodurch wenigstens im Handelsverkehr die gewisse Willkür[4]) in den Entscheidungen ausgeschaltet wurde.

[1]) Gareis, a. a. O., S. 14 f. Anm. 1.
Gareis i. Endemanns Handbuch II, S. 686 f.

[2]) Schlotter, Diss. Erlangen 1898, S. 7.

[3]) Hanausek, Haftung S. 231 f. und Anm. 23.

[4]) Vgl. die Beispiele bei: Hanausek a. a. O., Friedheim a. a. O., S. 114, Busch's Archiv, Bd. 15, S. 187, Löhr, Centralorgan für Deutsches Handels- und Wechselrecht I, S. 582.

In dem bürgerlichen Recht wird die Frage auch heute noch öfter zu beantworten sein, ob nur eine mangelhafte Sache bezw. eine solche der zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder eine ganz andere geleistet ist, und ob die Grundsätze über unbestellte Sachen Anwendung finden können. Hierbei will ich den subjektiven Willen der Parteien außer Acht und nur die Verkehrsanschauung gelten lassen, da es zu weit führen würde, wollte man, wenn z. B. Wein in der Absicht ihn zu trinken, bestellt wurde, diesen, weil er bei der Lieferung bereits sauer geworden war, als unbestellt ansehen. Der Käufer hat dann die Gewährleistungsansprüche, kann ihn aber nicht als unbestellte Ware behandeln und Erfüllung des Vertrags fordern. Wird eine Entscheidung nötig, so müssen Sachverständige herangezogen werden.

Juristisch liegt auch dann eine Zusendung nicht bestellter Sachen vor, wenn z. B. ein Kaufvertrag geschlossen wurde und in Erfüllung dieses Sachen geschickt werden, der Kaufvertrag sich aber als nichtig herausstellt. A. schließt z. B. mit B. einen Kaufvertrag über 10 Ctr. Weizen und B. war bei Abschluß des Vertrages geschäftsunfähig aus irgend einem Grunde, wie sich später offenbart. Schickt nun B. dem A. 10 Ctr. Weizen, so ist diese Ware zwar auf Grund einer Bestellung des A. an diesen geschickt, jedoch, da die Bestellung an einen Geschäftsuntähigen abgegeben wurde, trotzdem für A. unbestellte Ware.

§ 3.
Rechtlicher Charakter einer derartigen Zusendung.

Schickt jemand ohne Bestellung Preislisten, Kataloge oder andere an sich wertlose Sachen an einen anderen, so ist darin eine Einladung an diesen zu sehen, mit dem Absender rechtsgeschäftliche Beziehungen anzuknüpfen, indem er von seiner Seite dem Versender eine Offerte stellen soll.[1]) Das Zugesandte soll die Grundlage für eine solche Offerte abgeben und die Geneigtheit des Absenders, einen Vertrag abzuschließen, unterstreichen.

[1]) RGR Komm. Erl. 1 zu § 145: Regelmäßig noch kein Vertragsantrag des Absenders, da der Willen dazu fehlt.

Ebenso: Staudinger, Erl. 3 d zu § 145 a. E.

Praktisch bedeutsam kann es werden bei der Auslegung des später abgeschlossenen Vertrages. Immer wird aber die Absicht des Absenders auch dahin gehen, das Eigentum an derartigen Sachen auf den Adressaten zu übertragen. Es ist deshalb eine solche Zusendung sowohl eine Aufforderung zu einer z. B. Kaufofferte als auch gleichzeitig eine Eigentumsübertragungsofferte, durch deren Annahme das Eigentum übergeht, da in dem Empfang der Sache bereits die Uebergabe liegt, also beide Erfordernisse, Einigung und Uebergabe, erfüllt sind. Da der Absender mit dem Zusenden einer Preisliste nicht hauptsächlich das Eigentum an dieser übertragen will, sondern einen ganz anderen Zweck verfolgt und, nur um diesen zu erreichen und wegen des geringen Wertes einer Preisliste die Uebereignung vornimmt, so ist diese Art unbestellter Zusendungen nie als Schenkungsofferte zu konstruieren.

Es ist dieses nicht unbestritten. Wird z. B. ein künstlerisch ausgestatteter Reklame-Katalog geschickt, so nimmt eine andere Ansicht[1]) hier eine Schenkung an, schließt aber das infolge dieser Konstruktion sonst gegebene Widerrufsrecht wegen Undanks (§ 530 BGB.) mit der Begründung aus, daß sie einen Verzicht darauf seitens des Absenders nach der Verkehrsanschauung unterstellt. Dies erscheint mir jedoch sehr gekünstelt, und ich bin der Meinung, daß keine Schenkung vorliegt, sondern eine unbedingte Eigentumsübertragung, die den Grund nicht in einer Schenkungsabsicht, sondern in dem Zweck hat, mit dem Uebertragenen Reklame zu machen und auf das darin Angeführte speziell hinzuweisen.[2]) So habe ich z. B. bei künstlerischen Reklameplakaten, sollte das Eigentum nicht übergehen, auf der Rückseite den Vermerk, daß es nur leihweise geliefert sei, vorgefunden; ein Beweis, daß die Absender wohl wußten, daß sie sonst keinen Anspruch hätten, das Zugesandte zurückzuerhalten. Die Uebereignung wird ohne jede Bedingung vorgenommen. Der Versender verlangt nicht, daß sich der Empfänger auf seine Reklame einläßt und z. B. den angepriesenen Gegenstand bei ihm kauft. Das Eigentum geht auch über, wenn der Empfänger den künstlerischen Buchkatalog sogleich in den Papierkorb befördert. Mitunter sind dem Versender diejenigen Personen, an die er sich wendet, überhaupt nur

[1]) Kurt Weist a. a. O., S. 25 f.

[2]) Ebenso Kohler i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 38, S. 310, der auch keine Schenkung annimmt, sondern einen der „vielen, neutralen Akte des Lebens".

„gattungsmäßig" bekannt, wie z. B. bei sogen. Wurfsendungen durch die Post z. B. an die Haushaltsvorstände der Xstraße.

Daß in einer derartigen Reklamesendung außer der Eigentumsübertragung kein Rechtsgeschäft liegt, erhellt daraus, daß auch ein Geschäftsunfähiger Reklame machen kann, wenn auch nicht in der hier betrachteten Form, da er kein Eigentum übertragen kann. Auch von Stellvertretung wird man bei der Reklame, was diese selbst angeht, nicht sprechen können. Die Reklame kann ein Delikt werden, doch ist dies nicht ihre rechtliche Natur, sondern nur eine verbotene Ausführung von ihr. Wie jede andere Handlung im Leben kann auch sie durch bestimmte Tatbestände ein Delikt werden.

Die Reklame ist also eine rechtlich nicht bedeutsame, neutrale Willensbetätigung, und demzufolge ist das Zusenden von Reklamesachen ebenfalls bis auf die nebenhergehende Eigentumsübertragung rechtlich ohne Bedeutung, da der Reklamezweck derart überwiegt, daß er allein den Ausschlag für die rechtliche Natur dieser Sendungen gibt.

Werden größere Quantitäten von Sachen von erheblicheren Wert ohne eine Bestellung oder unter solchen Umständen zugeschickt, daß sie unbestellt erscheinen, so liegt darin eine Vertragsofferte des Absenders an den Adressaten. Jedoch ist es keine gewöhnliche Vertragsofferte. Sie zeichnet sich vielmehr dadurch aus, daß die angebotenen Sachen sogleich mitgeschickt werden und diese, wenn die Vertragsofferte angenommen werden sollte, die Erfüllungsleistung des Antragenden darstellen sollen. Man hat daher den Tatbestand einer solchen Zusendung in zwei juristische Teile geschieden, indem man sagte, mit einer solchen Handlung würde der Absender 1. eine Vertragsofferte, 2. eine Vertragserfüllungsofferte stellen.[1]) Ob man den zweiten Teil als eine Erfüllungsofferte auffaßt, hängt davon ab, wie man die Erfüllung eines Vertrags konstruiert. Ueber diesen Punkt ist die Wissenschaft nicht einig. Das Gesetz schweigt darüber, und die Motive[2]) weisen die Aufgabe der Ausdeutung der Wissenschaft zu.

Drei Theorien haben sich gebildet, die miteinander streiten. Die sogen. Vertragstheorie[3]) faßt die Erfüllung als Vertrag auf,

[1]) Gareis a. a. O., S. 83, Hanausek, Haftung I, S. 218.
[2]) Motive Bd. 2, S. 81.
[3]) Vertreten besonders im gem. Recht: Savigny Bd. 3 § 312 u. Windscheid § 171 Anm. 3, zitiert nach Endemann. Endemann, a. a. O., § 141 S. 795.

indem sie davon ausgeht, daß die geschuldete Leistung von dem Schuldner als Erfüllung angeboten und von dem Gläubiger als solche angenommen werden muß. Daß ein Schuldverhältnis durch Erfüllung zum Erlöschen kommt, bedarf also einer Einigung der Parteien. Jedoch sprechen die Konsequenzen dieser Theorie so gegen sie, daß sie sich nicht halten läßt. Wäre die Erfüllung als solche ein Vertrag, so wäre sie durch einen Geschäftsunfähigen nicht möglich, da sie nichtig wäre. Wenn aber die Erfüllung nur in einem tatsächlichen Handeln besteht, so muß sie auch ein Geschäftsunfähiger, führt er die tatsächliche Handlung aus, bewirken können. Außerdem stände dem Gläubiger eine willkürliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber dem Schuldner zu, der seine Verpflichtungen erfüllen will. Ferner braucht der Gläubiger durchaus nicht immer bei der Erfüllung mitzuwirken wie z. B. im Falle des § 407 BGB.

Eine andere Theorie geht dahin, daß sie die Erfüllung nicht in Leistung und Vertrag, sondern in Leistung und Willenserklärung trennt, also ein Rechtsgeschäft für erforderlich hält. Es muß beim Leisten eine Willenserklärung vorliegen, daß diese Leistung zum Zwecke der Erfüllung dieser Schuld bewirkt wird. Gegen diese Auffassung lassen sich dieselben Gründe wie oben anführen. Die herrschende Meinung[1]) hat diese Lehre dahin modifiziert, daß sie grundsätzlich einen rechtsgeschäftlichen Erfüllungswillen für erforderlich hält, jedoch Ausnahmen zuläßt z. B. bei rein tatsächlichen Leistungen und, wenn die Verpflichtung in einem Unterlassen besteht. Sie stellt alles auf die geschuldete Leistung ab. Ist diese ein Rechtsgeschäft, so ist die Erfüllung ein Rechtsgeschäft; sie kann, wenn es der Natnr der Leistung entspricht, Vertrag und andermal, wenn eine tatsächliche Leistung geschuldet wird, ein Realakt sein.

Die dritte Theorie, der ich auch, da sie am wenigsten gekünstelt und willkürlich erscheint, mich anschließe, betrachtet die Erfüllung nur von dem Gesichtspunkte der Wirkung einer Leistung als Erfüllung.[2]) Weder ein Erfüllungswillen des Schuldners noch des Gläubigers ist erforderlich. Die Erfüllung erscheint hier als Erfolg des Tatbestandes des Erbringens der geschuldeten Leistung.

[1]) So: Staudinger Vorbem. zu § 362, Oertmann a. a. O. zu § 362 Note 4, Crome § 162 S. 239.

[2]) Planck a. a. O., Bd. 2. Teil 1 zu § 362 S. 472 f. RGR Komm. Bd. 1 zu § 362 S. 510. Kohler, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 2, Teil 1 § 70 III, S. 185.

Die Erfüllung kann auch durch einen Geschäftsunfähigen erfolgen, natürlich mit der Einschränkung, daß die Leistung als solche nicht ein Rechtsgeschäft ist. Hier könnte nicht geleistet, also auch nicht erfüllt werden. Das Anbieten und Annehmen der Leistung ist nur die äußerliche Feststellung der Erfüllung. Ist geleistet, so ist auch damit unmittelbar erfüllt. Besteht die Leistung in einem Vertrag, z. B. in einer Uebereignung, so bezieht sich der Vertrag nur auf diese, nicht auf die Erfüllung als solche.

In Ansehung der letzgenannten Theorie geht es nicht an, bei Zusendung von nichtbestellten Sachen, darin auch eine Erfüllungsofferte zu sehen. Man muß in diesem Tatbestand einmal eine Vertragsofferte erblicken, außerdem eine Eigentumsübertragungsofferte unter der aufschiebenden Bedingung, daß der angestrebte Vertrag zustande kommt. Sollte dann der Vertrag perfekt und die Eigentumsübertragungsofferte angenommen werden, so tritt in diesem Augenblick auch der Erfolg der Erfüllung von Seiten des Absenders ein. Jedoch ist diese Teilung in eine Vertragsofferte und eine solche gerichtet auf Eigentumsübertragung nicht ganz allgemein auszusprechen, sondern nur, wo zur Erfüllung des Vertrags die Eigentumsverschaffung nötig ist, also z. B. beim Kauf. Werden aber z. B. unaufgefordert Dienstbücher und Zeugnisse zugesandt, so fällt der zweite Teil fort und es liegt in der Zusendung nur der Antrag zu einem Dienstvertrag, wenn man nicht gar darin nur eine Aufforderung zu einer Offerte sehen will.

Damit eine Zusendung unbestellter Sachen eine Vertragsofferte enthält, ist es nötig, daß der Absender dadurch eine bestimmte, dahin abzielende Willenserklärung abgibt, sei es ausdrücklich z. B. durch Beifügen einer Faktura, sei es stillschweigend, indem er nur die Sachen übersendet. Der Adressat muß durch seine Annahme den Vertrag sogleich zustande bringen können. Dazu gehört, daß alle für den Vertrag nötigen Bestandteile bestimmt und in der Weise erklärt sind, daß hervorgeht, ein Vertrag soll abgeschlossen werden. Fehlt einer der wesentlichen Punkte, so liegt kein Antrag vor, da der andere nun erst Gegenvorschläge machen muß, und diese dann erst einen gültigen Antrag enthalten. Hier läge dann ein solcher Fall vor, wo der Absender mit der Zusendung nur eine Einladung zur Stellung eines Antrags gemacht hat. Regelmäßig muß ein Antrag mit einem einfachen „Ja“

angenommen werden können.[1]) Dazu gehört, soll z. B. ein Kaufvertrag abgeschlossen werden, genaue Bestimmung des Gegenstandes des Vertrags und des Kaufpreises.

Im Fall einer Zusendung von nichtbestellten Sachen, bei der meist ein derartiger Vertrag angestrebt werden wird, ist durch die gleichzeitige Uebersendung von Sachen der Gegenstand genau präzisiert. Denn speziell über das Mitgesandte soll der Vertrag abgeschlossen werden.[2]) Eine andere Meinung[3]) geht allerdings dahin, daß in dieser Weise auch ein Genuskauf angestrebt werden kann. So, wenn in der Faktura nur Sachen von einer bestimmten Qualität angeboten werden, und der Absender mit den dieser Qualität entsprechenden Sachen, die er gleichzeitig unbestellt zuschickt, den Leistungsakt für den Fall der Perfektion des Kaufvertrags erbringen will. Diesem pflichte ich aber nicht bei, da durch die Zusendung immer eine Spezialisierung eintritt.[4]) Auch bei Mehrsendungen wird durch die Absonderung des über den bestellten Teil hinausgehenden Restes unbestellter Sachen immer eine Spezialisierung Platz greifen.

Auch über den Kaufpreis wird fast immer eine Bestimmung getroffen sein. Denn meistens wird der Sendung ein Begleitschreiben, Rechnung oder Faktura beiliegen, aus dem der Preis genau ersichtlich ist. Die Angabe eines bestimmbaren Preises genügt. Jedoch wird die Anwendbarkeit dieser Grundregel für nicht bestellte Sachen in dieser Allgemeinheit bestritten.[5]) Sie soll nur Gültigkeit haben, wenn für die Ware eine feste Taxe besteht. Aber ich sehe keinen Grund, warum man im vorliegenden Fall derartig einschränken will. Wenn der Preis bestimmbar ist, so ist der Zweck erreicht, daß eine Einigung darüber stattfinden kann.[6]) Wenn auch ein Begleitschreiben fehlt, so ist es trotzdem sehr wohl denkbar, daß ein gültiger Antrag zu einem Kaufvertrag vorliegt, da der Preis bestimmbar ist. Bestehen z. B. zwischen den Parteien Geschäftsverbindungen und ist von derselben Sache schon öfter etwas bezogen worden, so wird der frühere Preis auch auf diese Sachen Anwendung finden, die nicht bestellt zu-

[1]) Staudinger, Erl. 2 zu § 145. Endemann Bd. 3, Teil 1, S. 244, Anm. 6.
[2]) Gareis a. a. O., S. 10.
[3]) Hanausek, Haftung I, S. 218.
[4]) Schlotter, a. a. A., S. 46, f. ebenso.
[5]) Klemm, S. 11 f.
[6]) Ebenso Aßmann, S. 36.

gesandt wurden.[1]) Bei einer Zuvielsendung wird für das unbestellte Mehr der Preis der bestellten Sachen in Frage kommen. Ist eine andere Sache als die bestellte ohne Faktura gesandt worden, und der Empfänger will diese kaufen, so ist der Markt- oder Börsenpreis maßgebend, falls ein solcher besteht. Fehlt ein solcher, so kann unter Umständen die Bestimmung des Preises nach billigem Ermessen der einen Partei, lt. § 316 BGB. des Absenders, vorgenommen werden sollen. Doch sind diese Fälle sehr selten und meist nur als Einladung, Offerte zu machen, anzusehen. So liegt z. B. dann nur eine Aufforderung vor, wenn der unbestellt zugesandte Gegenstand nur einen Liebhaberwert besitzt, weil dabei keine genügende Bestimmbarkeit des Preises gegeben ist.[2]) Es soll dann der Empfänger den Gegenstand nur betrachten und daraufhin seine Angebote machen.

Außer den beiden angeführten Punkten, dem bestimmten Gegenstand und dem mindestens bestimmbaren Preis, kann ein Vertragsantrag noch die verschiedensten Nebenabreden enthalten. So z. B. bei einer Kaufofferte Bestimmung von Rabatten, Zahlungsbedingungen usw., doch dürfen keine Vorbehalte gemacht werden, soll nicht der sonst gültige Antrag zu einer bloßen Einladung zu einem solchen herabsinken.

Daß die Zusendung eine Kaufofferte darstellt, ist der in der Praxis wohl am häufigsten vorkommende Fall. So bedienen sich besonders Cigarren- und Weinhändler, Lotterie-Kollekteure wie auch Briefmarken- und Buchhändler oft dieses Mittels, um neue Kunden zu werben oder um alten bequemere Gelegenheit zum Kaufen zu bieten. Jedoch kann in dieser Handlungsweise auch ein Antrag zu anderen Vertragstypen liegen und zwar zu allen nur denkbaren.[3]) Auf die Möglichkeit eines Antrags zu einem Dienstvertrag, der in dem unverlangten Zusenden von Dienstbüchern oder Zeugnissen liegt, habe ich bereits oben hingewiesen. Werden z. B. von einer Leihbibliothek ohne Bestellung Bücher ins Haus geschickt, so liegt darin offenbar eine Offerte zu einem Mietsvertrag. Oft bekommen Handwerker oder Reparaturanstalten Sachen zugesandt, um sie auszubessern, bei denen es sich dann um den Antrag zu einem Werkvertrag handelt. Bekannt ist, daß

[1]) RGR Komm. Erl. zu § 145 I a.

[2]) hierauf weist Aßmann S. 37 mit Recht hin.

[3]) Vergl. die Beispiele bei Aßmann S. 18 ff.

den Verlegern oder Schriftleitungen dauernd Werke und Schriften unbestellt zugehen; ein Tatbestand, in dem man den Antrag zu einem Verlagsvertrag erblicken muß. Werden einem Spediteur Sachen zugeschickt, so soll ein Transportvertrag abgeschlossen werden.

Aus alledem erhellt, daß in einer Zusendung nichtbestellter Sachen eine Offerte bezw. Einladung dazu zu sämtl. überhaupt möglichen Verträgen enthalten sein kann. Meist wird ein Kaufvertrag das Ziel sein, doch können Umstände vor allem ein Begleitschreiben einen anderen Willen kundtun.

§ 4.
Besteht für den Adressaten eine Abnehmungspflicht?

Wenn die Sachen noch nicht in die Hände des Empfängers gelangt sind, sondern ihm vom Transporteur zur Abnahme[1]) erst angeboten[1]) werden, ist es dann Pflicht, die Sachen abzunehmen?

Das BGB. setzt eine Abnahmepflicht in den §§ 433, 640 fest für den Käufer hinsichtlich des Kaufgegenstandes und für den Besteller eines Werkes bezügl. diesem. Beide Normen setzen also einen gültig bestehenden Vertrag voraus, einen Tatbestand, der im Falle einer Zusendung nichtbestellter Sachen nicht vorliegt. Denn eine solche ist, wie oben ausgeführt, erst ein Vertragsantrag, nur eine Willenserklärung, der erst durch die Tätigkeit des Adressaten, durch seine Annahme zu einem Vertrag werden kann. Da dies jedoch völlig in der Willkür des Adressaten liegt, er also zur Annahme keineswegs gezwungen werden kann, so läßt sich aus den angeführten §§ erst recht keine Abnahmepflicht den zugesandten Sachen gegenüber herleiten.

Das HGB. erlegt für den Fall, daß es sich um Kaufleute handelt, im § 362 für mitgesandte Sachen dem Adressaten die Pflicht auf, diese einstweilen vor Schaden zu bewahren. Damit ist auch eine Pflicht, die Sachen abzunehmen, aufgestellt, um dazu in der Lage zu sein. Jedoch sind die Voraussetzungen dieses §, daß einmal ein Gewerbebetrieb eines Kaufmanns die Besorgung

[1]) „Abnahme" wie „Anbieten" sind hier rein tatsächlich zu verstehen. Es soll damit nicht etwa ein Vertrag angedeutet sein.

von Geschäften für andere mit sich bringt, ferner Geschäftsverbindung zwischen ihm und dem Antragenden besteht und daß die Sachen zum Zweck einer Geschäftsbesorgung mitgesendet sind. Außerdem besteht noch die Einschränkung, daß der Empfänger durch die Sachen oder anderweitig für die entstehenden Kosten gedeckt ist, andernfalls auch hier keine Abnahmepflicht besteht. Aus diesen vielen vom Gesetz aufgezählten Voraussetzungen erhellt, daß § 362 lediglich als Ausnahmevorschrift zu werten ist. Zu dieser Ansicht zwingt auch die Stellung des § im Gesetz. § 362 gibt also nur eine Regelung für den in ihm genau festgelegten Fall und kann keine analoge Anwendung auf die übrigen Fälle einer Zusendung nichtbestellter Sachen finden.[1])

§ 378 HGB. schreibt, wenn beiderseits ein Handelskauf vorliegt und eine andere oder mehr als die bedungene Ware geliefert wird, dem Käufer eine Rügepflicht vor. § 379 HGB. fordert für die gerügte Ware, wenn sie von einem andern Orte übersendet wird, eine Aufbewahrungs- und demnach auch eine Abnahmepflicht. Oben[2]) ist bereits ausgeführt, daß unter den Begriff der unbestellten Zusendung auch das Schicken von anderen als den bestellten Sachen und die Mehrsendung fällt. Bezügl. der Abnahmepflicht ist aber zu unterscheiden, ob die Abweichung von der Bestellung in Grenzen geblieben ist, oder ob die Differenz offensichtlich so erheblich ist, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen halten muß. Im erstgenanten Falle erklärt das Gesetz im § 378, daß die Vorschriften über mangelhaft gelieferte Sachen Anwendung finden sollen. Hier ist also im Interesse des Handelsverkehrs, da die Abweichung nicht allzu groß ist, eine Abnahmepflicht auch für unbestellte Sachen vorgeschrieben. Für den zweiten Fall ist der Empfänger aber davon befreit, da hier der Absender ganz offensichtlich keine vertragsmäßige Leistung erbringt. Mit Recht werden auf diese unbestellten Sachen die für diese geltenden Grundsätze angewendet. Zwar werden die Sachen aus Anlaß eines bestehenden Kaufvertrags gesendet, doch nicht als dessen Erfüllung. Die Sendung stellt also lediglich den Antrag zu einem neuen Kaufvertrag dar, der evtl. an die Stelle des alten treten soll, aber damit ist die Voraus-

[1]) Ebenso: Aßmann S. 96, Fränkel Diss. Jena 1902 S. 63, Endemann, Handelsrecht § 137, I, Seite 498, § 117, I, S. 427. a. A. Gareis, Stellen zur Disposition S. 98.

[2]) Seite 8 der Arbeit.

setzung des § 379 nicht erfüllt, der einen bestehenden Handelskauf fordert. Eine analoge Anwendung von § 379 für alle nichtbestellten Zusendungen kann nicht Platz greifen, da sonst diese Voraussetzung nicht beachtet wird.[1])

Das Ergebnis der Betrachtung ist also, daß nur im Falle der §§ 362, 378, sofern nicht der Tatbestand der Ausnahme gegeben ist, eine Abnahmepflicht von nicht bestellten Sachen besteht. Dieses ist nicht mehr als recht und billig. Denn das Vorgehen des Absenders ist ein völlig einseitiges, und schon im römischen Recht[2]) war der Satz unbestritten, daß niemand durch eine einseitige Willenserklärung eines dritten gezwungen werden kann, für diesen juristisch tätig zu werden.[3]) Es würde auch zu weit führen, wenn jeder beliebig Sachen ins Haus schicken könnte, die abgenommen und vielleicht auch noch sorgfältig aufbewahrt werden müssen, soll keine Schadenersatzpflicht entstehen. Eine Tätigkeit kann immer nur auf Grund eines Schuldverhältnisses gefordert werden.[4]) Selbst wenn ich erkenne, daß die Sachen durch die Zurückweisung verderben oder anderweitig an Wert verlieren werden, kann ich von diesem Recht Gebrauch machen. Denn der Absender muß sich seiner Handlungsweise bewußt sein und trägt die Gefahr eines etwaigen Verlustes bis zur Annahme seines Antrags.[5]) Natürlich kann man sich moralisch und sittlich verpflichtet fühlen, von der Ablehnung und sofortigen Zurückweisung Abstand zu nehmen.

Wenn auch grundsätzlich keine Abnahmepflicht für den Adressaten besteht, so kann in Ausnahmefällen doch durch das Gebot der Beachtung von Treu und Glauben eine solche gegeben sein. Namentlich im Handelsverkehr wird dieser Grundsatz den oben angeführten mitunter durchbrechen.[6]) Allein das Bestehen einer Geschäftsverbindung reicht dazu noch nicht aus, obwohl diese den Absender zu der Annahme berechtigen könnte, daß ein Geschäftsfreund auch für ihn positiv tätig sein werde. (Man denke z. B. an Auskunftserteilung über bisherige Angestellte.) Doch

[1]) Ebenso: Aßmann S. 96, Puchelt Kom. zu Art. 348, Abs. 2 a HGB.

[2]) L. 74 D. R. I. 50, 17.

[3]) Regelsberger, Erörterungen S. 60 ff. Gareis, i. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 237, Nr. 3.

[4]) Aßmann S. 91, §§ 241, 242 BGB.

[5]) Aßmann S. 101, Endemann's Handbuch Bd. 2, S. 662.

[6]) Busch's Archiv, Bd. 15, S. 312 ff.

würde das im vorliegenden Fall entschieden zu weit führen, wenn man gestützt auf Treu und Glauben juristisch eine solche Pflicht, die oft sehr lästig werden könnte, aufstellen wollte. Hier muß der Adressat vor unverfrorenen Leuten geschützt sein, dies umsomehr als die Gefahr eines Verlustes für den Absender garnicht so sehr groß ist, da bei Nichtabnahme der Transporteur weiter für die Ware sorgen muß, die also durchaus nicht schutzlos wird. Hat aber ein Kaufmann von einem anderen des Oefteren nicht bestellte Sachen zugeschickt erhalten und ist er jedesmal auf die Absicht des Absenders eingegangen, so wäre es ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wollte er die nächste Sendung nicht abnehmen, obwohl er weiß, daß dem anderen durch das Zurückweisen ein Schade entsteht.[1]) Hier müßte er die Sachen abnehmen und kann sie dann entweder als Erfüllung annehmen oder sie zur Disposition stellen.[2])

Aber das sind Ausnahmefälle, grundsätzlich besteht keine Abnahmepflicht. Sollte der Ueberbringer auf die Zurückweisung nicht reagieren und die Sachen nicht wieder mitnehmen wollen, vielmehr diese trotz der entgegenstehenden Erklärung des Wohnungsinhabers bei ihm niederlegen, so würde dieses Verhalten eine widerrechtliche Besitzstörung darstellen. Der Empfänger wäre durch verbotene Eigenmacht in dem Besitz seiner Wohnung gestört. Laut § 859 BGB. kann er dies mit Gewalt verhindern, d. h. er kann sich der unbestellten und unerwünschten Sachen, die er nicht abzunehmen braucht, entledigen und sich damit der Besitzstörung erwehren, indem er das Zugesandte schlechthin vor die Tür setzt, ungeachtet des weiteren Schicksals, das dieses betrifft.

---

[1]) Vgl. Aßmann S. 18, z. B. bei Saisonware.

[2]) Endemann's Handbuch Bd. 2 S. 451, Fränkel S. 59 f., R.O.H.G. Band 20 S. 205 Nr. 59.

§ 5.

Der Adressat nimmt den der Sendung zu Grunde liegenden Antrag an.

Liegt eine Zusendung nicht bestellter Sachen vor, so kann sich der Adressat entscheiden, ob er auf die Intentionen des Absenders eingehen will oder nicht. Da eine Abnahmepflicht nicht besteht, wird er, will er das Angebot ablehnen, meistens die Sachen zurückweisen.

Ist ihm aber das Angebot des Absenders genehm, dann wird der Adressat, trotzdem er die Nichtbestelltheit erkennt, die Sachen abnehmen. Ist die Sendung, wie es öfter vorkommen wird, ohne seinen Willen und sein Zutun in seinen Machtbereich gelangt, so wird er sie behalten. Der einfachste Fall, den Antrag anzunehmen ist der, daß der Empfänger dem Absender eine ausdrückliche Erklärung über die erfolgte Annahme zukommen läßt, z. B. durch einen Brief des Inhalts, daß er die Sachen gekauft habe. Es ist dieses eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Vertrag wirksam wird. Eine Bestätigungs-Anzeige seitens des Absenders ist rechtlich unerheblich.[1]) Der Zeitpunkt, wann der Vertrag wirksam wird, ist der des Zugehens der Erklärung bei dem Absender,[2]) doch können die Parteien etwas anderes vereinbaren. Der Ort des Vertragsschlusses ist der Wohnort des Absenders, da der Vertrag hier durch das Zugehen der Erklärung wirksam wird. Hier liegt ebenfalls der Erfüllungsort für den Absender, denn daß der Verkäufer die Ware versendet, ändert nur den Lieferungs-, nicht den Erfüllungsort.

Sehr oft wird die Annahme stillschweigend geschehen durch Handlungen, die einen sicheren Schluß auf den Annahmewillen des Adressaten zulassen. Keinem Zweifel wird es unterliegen, daß in der Abnahme der Sachen vom Ueberbringer noch keine stillschweigende Annahme liegt.[3]) Denn man kann von dem Adressaten nicht verlangen, daß er die Katze im Sack kauft, man

[1]) Assmann, S. 59.

[2]) a. A. Schlotter a. a. O., der die Wirksamkeit auf den Moment der Ablieferung zurückbezieht.

[3]) Seufferts Archiv, Bd. 8, Nr. 36. Endemann, Handelsrecht, § 138, Anm. 68. Hanausek, Fakturen, S. 147, Anm. 2.

muß ihm vielmehr ein Recht zusprechen, die Ware zu besichtigen und zu prüfen. Dahin geht auch der Wille des Absenders, der durch das gleichzeitige Uebersenden der Sachen mit dem Angebot gerade eine bequeme Besichtigungsmöglichkeit schaffen will. Daraus ergibt sich, daß ein Oeffnen von Kisten oder anderen Emballagen[1]) ebenso wenig eine Annahme bedeutet wie das Herausnehmen aus Verpackungen.[2]) Mitunter ist es sehr schwierig hier eine genaue Grenze zu ziehen, wie sich das in der Mannigfaltigkeit der Rechtsprechung über diesen Punkt zeigt.[3]) Sicher ist aber, daß in Handlungen, die über eine eingehende Prüfung hinausgehen, eine Annahme zu erblicken ist. Wenn der Empfänger eine Sache wie eine ihm gehörige in Gebrauch nimmt oder sie veräußert, verarbeitet oder verzehrt, so ist jedes Mal der Kaufvertrag perfekt geworden.[4]) Eine derartige Verfügung läßt keinen anderen Schluß zu, als daß der Verfügende Eigentümer werden will, da er sich wie ein solcher benimmt. Ebenso zweifellos wird der Vertragsantrag angenommen, wenn der Empfänger der Sendung dem Absender den in der Faktura bezeichneten oder den auf andere Art bestimmten Preis z. B. den Börsenpreis ohne jeden Abzug einschickt. Ist ein Skontoabzug üblich, so ist er, da von Seiten des Absenders nichts Gegenteiliges auf der Faktura vermerkt wurde, als bewilligt zu betrachten. Ungerechtfertigte Aenderungen würden aber zur Folge haben, daß diese Handlung nicht die Annahme des Antrags, sondern eine Ablehnung unter Stellung eines neuen Antrags bedeuten würde. (§ 151 Abs. 2 BGB.).

Wie ist die Lage zu beurteilen, wenn der Empfänger nur mit einem Teil des Zugesandten Handlungen vornimmt, die auf Annahme schließen lassen, z. B. von einem dreibändigen Werk den ersten Band aufschneidet? Dann ist die Absicht des Verkäufers maßgebend, ob er die Sache nur im Ganzen oder auch geteilt verkaufen wollte. Außerdem spielt hier die Verkehrssitte und der Grundsatz von Treu und Glauben hinein. In dem angeführten Beispiel wäre der Kaufvertrag über das ganze dreibändige Werk als abgeschlossen zu betrachten, außer, der Absender hätte ausdrücklich bei der Sendung vermerkt, daß er die drei

[1]) Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17, S. 244.
[2]) Busch's Archiv, Bd. 30, S. 157.
[3]) Fränkel a. a. O., S. 21 ff.
[4]) Endemann, Handelsrecht, § 138 V B 3, S. 510. Gareis, S. 171.

Bände auch einzeln abgibt.[1]) Dann lagen soviel einzelne Offerten wie gesandte Sachen vor, und diese könnten dann auch einzeln angenommen werden.

Damit ein Vertrag zustande kommt, ist es nötig, daß der Adressat die in der Zusendung liegende Offerte rechtzeitig annimmt. Nur solange die Gebundenheit des Absenders währt, liegt ein annahmefähiger Antrag vor, der in der Zeit, in der der Absender unter regelmäßigen Umständen eine Antwort erwarten kann, angenommen werden muß. (§ 147 Abs. 2 BGB.). Unterbleibt dieses, so erlischt der Antrag nach Verlauf der Frist. Wird er verspätet angenommen, so gilt dies nach § 150 BGB. als neuer Antrag. Die Annahmeerklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muß demnach dem Absender der Sachen zugehen. Bei der stillschweigenden Annahme genügt es nicht, daß nur ein Dritter von dem Verhalten des Adressaten Kenntnis erlangt, sondern es muß der Absender mindestens in der Lage sein, sich selbst davon zu unterrichten. Jedoch braucht nach § 151 BGB. die Annahme dem Absender gegenüber überhaupt nicht erklärt zu werden, wenn die Verkehrssitte eine solche Erklärung nicht erwarten läßt, oder wenn auf sie verzichtet wurde. Wie die Denkschrift[2]) anführt, ist die angeführte Gesetzesstelle wichtig im vorliegenden Falle, daß neben dem Antrag die angebotenen Sachen gleich mitgeschickt werden.

Sind die unbestellten Sachen infolge eines Irrtums an einen anderen als beabsichtigt gelangt oder geschah die Sendung irrtümlich, so fragt es sich, ob in dieser für den Empfänger überhaupt ein Antrag liegt, den er annehmen könnte, d. h. ob eine gültige Willenserklärung von Seiten des Absenders an den Empfänger vorliegt.

Folgt man der Irrtumslehre unseres BGB., so muß man zu dem Resultat kommen, daß zunächst vom Absender eine gültige Offerte abgegeben wurde. Da aber seine Erklärung und sein erklärter Wille von einander abweichen, so hat er, wenn er über wesentliche Punkte irrte, ein Anfechtungsrecht. Nun wird im ersten Fall, daß ein anderer die Sachen empfing, der Irrtum in der Person regelmäßig nicht über solche Eigenschaften bestehen, welche der Verkehr als wesentlich ansieht. Vielmehr wird es dem Absender

[1]) Klemm, S. 25 ff.

[2]) H. Jäntsch, Denkschrift zum Entwurf eines BGB., S. 27, V. 3.

meist ganz gleich sein, wer der Empfänger seiner Offerte ist; jedoch lassen sich hier sehr wohl Ausnahmen denken. Wollte er die günstige Offerte nur dem Herrn A. machen, da dieser, wenn er die Sachen benutzt, für den Absender eine große Empfehlung ist, dann kann der Absender, wenn die Offerte an Herrn B. gelangt ist, diese anfechten gemäß § 119 Abs. 2. Ebenso ist zu entscheiden, im anderen Falle, daß ein Irrtum des Absenders die Sendung veranlaßte, wenn er z. B. glaubte, er schickt auf Grund einer Bestellung. Zunächst liegt immer ein gültiger Antrag vor, der vom Empfänger angenommen werden kann, nur steht dem Absender evtl. ein Anfechtungsrecht zu. Uebt der Absender dieses aus, so ist er nach § 122 zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute. Handelt der Adressat schuldhaft, d. h. er erkannte den Irrtum vor der Annahme, dann geht er dieses Schadenersatzanspruches verlustig.

Wenn der Adressat der Zusendung auf das Angebot des Absenders eingegangen ist, so ist durch seine Annahme der Vertrag perfekt geworden, vorausgesetzt, daß kein Irrtumsfall vorliegt, der eine Anfechtbarkeit begründet. Die Rechte und Pflichten des Empfängers richten sich von dem Augenblick an nach dem geschlossenen Vertrage.

Bei einem Kaufvertrage handelt es sich seit dem Zeitpunkt, in dem die Annahme erfolgte, um Käufer und Verkäufer, die nun zur Zahlung des Preises und zur Uebergabe der gekauften Sache verpflichtet sind. Der Absender, der Verkäufer, hat im vorliegenden Falle seine Leistung, die Uebergabe des Kaufgegenstandes, schon erbracht, und es bleibt nur die Verpflichtung der Preiszahlung auf Seiten des Empfängers, und zwar des im Begleitschreiben angegebenen und beim Fehlen eines solchen des oben erwähnten. Durch die bedingungslose Annahme ist der gesamte Inhalt der Faktura, also mit allen Nebenabreden, für die Parteien bindend.[1]) Ist z. B. darin eine Beschränkung der Mängelhaftung aufgestellt, so muß der Käufer diese gegen sich gelten lassen. Sonst hätte er dagegen protestieren müssen und hätte damit einen neuen Antrag gestellt.

Wann beginnt nun die Verjährungsfrist für die Ansprüche aus dem z. B. Kaufvertrage? Das BGB. spricht im § 477 von

[1]) Hanausek, Fakturen, S. 144, 149, 150.

dem Augenblick der „Ablieferung" als dem Anfangstermin. Im vorliegenden Falle wäre das aber ein zu früher Zeitpunkt, da die Ablieferung schon vor dem Zustandekommen des Kaufvertrages geschieht. Die Ansprüche, für die die Verjährungsfrist aber in Betracht kommt, entstehen jedoch erst mit dem Abschluß des Vertrages, so daß die Frist keinesfalls vor diesem Termin in Lauf gesetzt wird. Die Voraussetzung ist ein gültiger Kaufvertrag, so daß hier also, da die Ablieferung bereits vorher erfolgte, erst dessen gültiger Abschluß als Anfangstermin zu gelten hat.[1]) Die Mängelanzeige bedarf nicht des Empfangenwerdens sondern es genügt, um die Käuferrechte zu erhalten, das rechtzeitige Absenden. (§ 478 BGB.).

Die Gefahr geht im vorliegenden Falle auch nicht wie sonst mit der Uebergabe der Sache über, sondern erst mit dem Abschluß des Kaufvertrages.[2]) Denn zur Zeit der Uebergabe handelt es sich noch nicht um eine gekaufte Sache, und eine solche ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von §§ 446, 447 BGB. Sobald aber aus der nichtbestellten Sache eine gekaufte wird, d. h. in dem Augenblick, in dem der Kaufvertrag durch die Annahme der Offerte gültig abgeschlossen wird, geht auch die Gefahr über, da die Uebergabe bereits erfolgt ist, also die Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn z. B. vom Empfänger die Sachen auf Grund einer beiliegenden Faktura gekauft und als Erfüllung angenommen sind, ohne daß eine Untersuchung stattfand, ob auch diesen Angaben entsprechende Sachen mitgesandt sind, so trifft lt. § 363 den Empfänger, den Käufer, die Beweislast, wenn er hinterher geltend macht, daß eine andere als die geschuldete Leistung oder eine unvollständige bewirkt wurde und er diese deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will.[3])

[1]) Ebenso: Assmann, S. 85.
[2]) Assmann, S. 81.
[3]) Assmann, S. 80.

§ 6.

Besitzverhältnisse bei Ablehnung des Antrages.

Will der Adressat der nicht bestellten Zusendung jede rechtsgeschäftliche Beziehung zu dem Absender ablehnen, so wird er die Sendung gar nicht erst dem Transporteur abnehmen. Daß eine Pflicht bis auf wenige Ausnahmefälle dazu nicht besteht, ist bereits ausgeführt. Nun wird es aber im Leben oft vorkommen, daß der Adressat bei Ankunft der Sendung nicht zugegen ist, und diese daher ohne sein Zutun in seinen Gewahrsam gelangt. Denn in diesem Fall darf der Postbote, der praktisch wohl fast ausschließlich als Ueberbringer in Betracht kommt, die Sendung an eine zum Empfang berechtigte Ersatzperson aushändigen, z. B. an die Ehefrau oder an einen Diener. Handelt es sich um Drucksachen oder Briefe, die irgend eine nicht bestellte Sache enthalten, wie z. B. Theaterkarten, Lose, Kataloge u. ä., so werden sie in den Briefkasten geworfen und sind damit ohne positives Mitwirken des Empfängers abgenommen worden.

Der Briefkasten ist ebenso wie ein Diener zu werten als ein Werkzeug, welches nur seine Funktion zu erfüllen hat.[1]) Oder der Absender „schmuggelt" die Sachen in den Gewahrsam des Adressaten hinein, indem er den Zweck und vor allem die Unbestelltheit durch die verschiedensten Maßnahmen verheimlicht. Er schreibt z. B. auf die Begleitadresse des Pakets: „Brief folgt", oder legt diesen in das Paket ohne jeden äußerlichen Vermerk.

Der Zweck, den der Absender damit verfolgt, ist klar. Er will zunächst die Sendung einmal in die Hände des Adressaten bringen. Denn dann ist die Wahrscheinlichkeit, daß dieser seinen Antrag näher in Erwägung zieht, bedeutend größer. In beiden Fällen ist die nichtbestellte Sache ohne den Willen des Adressaten in seinen Gewahrsam gelangt, und es fragt sich, ob ihm daraus Rechte und Pflichten erwachsen, z. B. ob er sie untersuchen darf, ob er sie aufbewahren muß und dergleichen mehr. Vorher muß auf die Besitzverhältnisse bei dem vorliegenden Tatbestand, daß eine unbestellte Sache ohne Willen in den Gewahrsam des Adressaten gelangt, eingegangen werden, da diese ziemlich umstritten sind.

[1]) Aßmann, S. 98, nennt den Briefkasten direkt „stiller Diener".

Der Absender will die Sache zunächst in den Besitz des Empfängers bringen. Ob ihm dies gelingt und ob er das auch ohne Willen und Kenntnis jenes erreichen kann, ist zu untersuchen.

Im Fall, daß der Adressat die Sachen selbst in Empfang nimmt, obwohl er erkennt, daß sie nicht bestellt sind, wird er mit der Abnahme Besitzer, wie ich weiter unten begründen werde. Weiß er dieses aber nicht, oder werden die Sachen vom Diener abgenommen, so sind die Fragen des Besitzerwerbs schwieriger. Es spielt hier die umstrittene Besitzlehre insbesondere das Problem, ob ein Besitzwille zum Besitzerwerb nach dem BGB. nötig ist, herein.

Das BGB. gebraucht das Wort „Besitz" für das rechtlich geschützte Verhältnis einer Person zu einer Sache. Aus den Vorschriften von dem Erwerb und dem Erlöschen des Besitzes geht hervor, daß der Besitz ein rechtlich geschütztes tatsächliches Verhältnis ist im Gegensatz zu einem rechtlich geschützten rechtlichen Verhältnisse, wie es die dinglichen Rechte z. B. das Eigentum sind.[1]) Dieses tatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache, welches als Besitz zu bezeichnen ist, ist dann gegeben, wenn die betreffende Person die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat.

Für die Begründung des Besitzes fordert das Gesetz die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Ist dieser Zustand eingetreten, dann ist die Person Besitzer, wenn die Gewalt nicht für einen anderen in der in § 855 bezeichneten Art ausgeübt wird. Jedoch genügt es nicht, wie es dagegen mitunter auch gar nicht erforderlich ist,[2]) daß nur ein rein räumliches Verhältnis von der Person zu der Sache besteht. So verschafft der Besitz eines Grundstücks keineswegs nun auch sofort Besitz an allen darauf gekommenen Sachen. Eine genau bestimmte und auf alle Fälle passende Regel, wann eine derart feste Verbindung zwischen Person und Sache besteht, daß es als Besitz bezeichnet werden muß, läßt sich wohl nicht aufstellen, vielmehr muß hier die Verkehrsanschauung den Ausschlag geben.[3]) Nicht immer

[1]) Aravantinos a. a. O. S. 105. Rosenberg S. 8 vor § 854. Maenner § 14, S. 124.

[2]) Rotering i. Archiv für bürg. Recht, Bd. 38, S. 150.

[3]) Ebenso: Rosenberg a. a. O. § 854, S. 20. Goldschmidt, verm. Schriften, S. 344. Staudinger, Erl. 12b, Abs. 4 zu § 854. Maenner a. a. O. § 14, S. 125.

wird verlangt, daß der Besitzer in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Denn auch, wenn er z. B. durch Abwesenheit verhindert ist, seine Herrschaft nach Belieben zu betätigen, endigt dadurch sein Besitz nicht. Die Anerkennung des Bestehens einer tatsächlichen Gewalt hängt ferner von der gewöhnlichen Dauer dieses Zustandes ab, wie man sie unter normalen Verhältnissen annehmen kann. Besteht gewöhnlich ein Gewaltverhältnis nur vorübergehend, dann wird kein Besitz erworben. So hat der Gastgeber keinen Besitz an den Sachen des Gastes, ebenfalls nicht der Fahrgast an dem Handgepäck eines Mitreisenden. Der Besitzerwerb ist auch möglich ohne Kenntnis von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Wenn ich z. B. meinem Diener sage, er möchte, wenn Pakete kommen, diese abnehmen, in das Wohnzimmer bringen und dort auspacken, dann habe ich bereits im Augenblick der Ausführung meiner Weisung Besitz erworben, obwohl ich in diesem Zeitpunkte von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt noch nichts weiß. Denn der Diener ist gleichsam nur ein Werkzeug, ich handle also selbst und übe dadurch die erlangte Gewalt aus.[1]) Sehr umstritten ist die Frage, ob die Erlangung der tatsächlichen Gewalt allein ausreiche, oder ob noch ein Wille zum Besitzerwerb nötig ist.

Im BGB. ist ein Wille zum Besitzerwerb nicht gefordert, sondern nur die faktische Seite des Besitzverhältnisses ist betont. Aber das ist noch kein Beweis dafür, daß das BGB. den früheren Standpunkt, nach welchem außer dem tatsächlichen Gewaltzustande auch noch ein Besitzwille erforderlich war, verlassen hätte. In den meisten Fällen wird beim Besitzerwerb ein darauf gerichteter Wille vorhanden sein, doch fragt es sich, ob dieser so notwendig ist, daß bei einem Fehlen niemals Besitz erworben werden könnte. Viele[2]) halten diesen Begründungswillen für erforderlich. Die gegnerische Ansicht[3]) fußt auf dem Wortlaut des

[1]) a. A. Kurt Weist S. 40f., der hier noch keinen Besitzerwerb annimmt.

[2]) Wolff i. Enneccerus Bd. 3 § 10, II. — O. v. Gierke, Dtsch. Privatrecht II, § 115. II, S. 228. — Endemann, II, § 37ff. — Cosack, § 186. — Binding, Handbuch II, 3, 2. — RGR Komm. Erl. 3 zu § 854, wo zwar gesagt wird, daß dem Willen keinesfalls die Bedeutung einer rechtlichen Voraussetzung zukommt, aber ein tatsächliches Gewaltverhältnis geleugnet wird, wenn ein Beherrschungswille nicht vorhanden ist. Vergl. auch Erl. 1 und 2, desgl. Erl. 2 zu § 867 a. E.

[3]) Biermann, Erl. 3 zu § 854. — Rosenberg vor § 854, S. 25ff. — Staudinger, Erl. 2 zu § 854, S. 20f. besonders 2b a. E. — Maenner § 16 S. 131,

Gesetzes und lehnt einen auf Besitzerwerb gerichteten Willen als zweites selbständiges Erfordernis neben der tatsächlichen Gewalt ab. Damit spricht man dem Willen aber keineswegs jede Bedeutung ab. In vielen Fällen ist der Wille eine Voraussetzung für die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Wenn man den Willen aber für die Begründung des Besitzes als notwendig erachtet, ergeben sich Fälle, in denen, da der Wille dazu fehlt, kein Besitz erworben wird, obwohl seine Rechtswirkungen erwünscht wären und wo von der Verkehrsanschauung auch ein Besitzerwerb angenommen wird.

Praktischer ist daher die Ansicht, die nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt für den Besitzerwerb fordert. Diese Ansicht hat auch insofern den Vorzug, als sie besser für die Außenwelt paßt. Denn auch diese hat ein großes Interesse daran, daß die Besitzverhältnisse durchsichtig sind und von Außenstehenden leicht und schnell erkannt werden können. Die Willensmomente sind jedoch Vorgänge, die sich den Blicken der Außenwelt entziehen und nur mittelbar oder gar nicht erkannt werden können. Es müssen die äußerlich in die Erscheinung tretenden Vorgänge die Entscheidung geben, denn nur diese können leicht wahrgenommen werden. Der als Gegenargument von der anderen Meinung, die einen Besitzwillen für erforderlich hält, angeführte § 867 beweist keineswegs, daß ohne Besitzwillen ein Besitzerwerb ausgeschlossen ist.[1])

Der § 867 regelt eine Lücke, die sich für einen besonderen Fall ergibt. Wenn eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen stehenden Grundstück gelangt, so ist mit diesem Tatbestand allein eine Entscheidung darüber, ob der Grundstücksbesitzer Besitz an dieser Sache hat oder nicht, schwerlich zu gewinnen. Ob gegebenenfalls Besitz, d. h. die tatsächliche Herrschaft, vorliegt, darüber entscheidet die Verkehrsauffassung. Wenn man nun im allgemeinen den Grundstücksbesitzer den Besitz an den auf seinem Grundstück befindlichen Sachen wohl zusprechen wird, kommt hier in Betracht, daß die Sache im Besitz

---

S. 95. – Planck zu § 854. – Aravantinos S. 105. – Crome S. 27ff., 39, III, § 345. – Raape, Diss. Bonn 1901 102. – Kniep, S. 43, 70. – Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 211. – Strohal. Sachbesitz S. 66ff. – Strohal, in Jherings Jahrbuch, Bd. 38, S. 66ff.

[1]) a. A. Kurt Weist a. a. O. S. 36f.

eines anderen war und daß dieser Besitz „durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht beendet wird." (§ 856, 2) Nicht etwa deshalb hat der Grundstücksbesitzer vor der Inbesitznahme keinen Besitz an der auf das Grundstück gekommenen Sache, weil durch diesen Tatbestand für ihn noch nicht die tatsächliche Gewalt erlangt ist[1]) sondern weil der Besitz des bisherigen Besitzers fortbesteht.[2]) Der dem § 867 zugrunde liegende Tatbestend ist ein normaler Weise nicht lange dauernder, so daß der bisherige Besitzer nur vorübergehend gehindert ist, seine Gewalt über die Sache auszuüben und deshalb endet sein Besitz nicht.[3]) Denn der Grundstücksbesitzer wird, eingedenk, daß er kein Recht auf den Besitz der Sache hat, die Abholung auf Wunsch des Sachbesitzers bald gestatten. Der fortbestehende Besitz des bisherigen Besitzers ist das Hindernis, weshalb der Grundstücksbesitzer hier nicht Besitz erwirbt. Daher tritt sein Besitzerwerb hier konsequenter Weise erst ein, wenn er den Besitz des bisherigen Besitzers bricht. Das ist freilich nicht ohne Willensbetätigung und ohne eine mit einer solchen verbundenen Inbesitznahme möglich. Die Handlung kann auch in einem Unterlassen bestehen, z. B. in dem Dulden einer zugeflogenen Taube. Da das Gesetz im § 867 von einem Inbesitznehmen spricht, also nicht Besitzerwerben sagt, so läßt sich daraus folgern, daß hier nur das Inbesitznehmen mit einem Willen dazu gemeint ist, dagegen die übrigen Fälle des Besitzerwerbs ohne Willen die Anwendung des § 867 zulassen. Nur ein Besitzerwerb ohne Willen läge z. B. dann vor, wenn die Sache solange in den Händen des Grundstücksbesitzers blieb, daß die Verhinderung in der Gewaltausübung des Sachbesitzers nicht mehr als vorübergehend zu bezeichnen ist. In diesem Falle hätte zwar der Grundstücksbesitzer bereits an der Sache Besitz, doch wäre noch immer die Anwendung des § 867 möglich, da noch keine Inbesitznahme seinerseits erfolgte. Diese Regelung findet sich auch im § 857 2025. So hat der Grundstücksbesitzer nur die Abholung zu gestatten, während er sonst zur Herausgabe verpflichtet wäre.

[1]) So behauptet von: Strohal, in Jherings Jahrbuch Bd. 38, S. 67. Breit S. 240.

[2]) Ebenso; Rosenberg § 867, S. 109.

[3]) Daß Besitzverlust nicht Voraussetzung des § 867 ist, wird von der herrschenden Meinung anerkannt. So: Rosenberg § 867, S. 110. Wolff § 18, VII. Maenner § 18. Planck Erl. 2a zu § 867.

Wenn dem bisherigen Besitzer der Zutritt zu dem Ort, wo sich die Sache befindet, verweigert wird, so hat er seinen Besitz verloren, da die Verhinderung in der tatsächlichen Gewalt nicht mehr eine nur vorübergehende ist, und der Grundstücksbesitzer sich die Sache angeeignet hat.[1]) Hier stehen die Besitzklagen und Eigentumsklagen dem bisherigen Besitzer gegen den fehlerhaften Besitzer zu.

Für den Fall einer Zusendung von nicht bestellten Sachen, kommt es, da ich einen Besitzwillen nicht als begriffsnotwendiges Erfordernis für den Besitzerwerb halte, nicht auf das Verhalten des Adressaten an, für die Frage, ob er Besitz erlangt oder nicht, sondern nur darauf, ob sich die Sache derart in seinem Machtbereich befindet, daß er nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt über sie hat. Gewiß kann man die durch die Versendung für den Absender entstandene Verhinderung in der Ausübung der Gewalt über die Sachen ihrer Natur nach als vorübergehend bezeichnen, denn in der Mehrzahl der Fälle wird der Antrag angelehnt werden, und der Absender also seine Sachen zurückbekommen, so daß nach § 856 Abs. 2 der Absender seinen Besitz noch nicht verloren hätte. Doch dem steht der Wille des Absenders entgegen, der hier für die Rechtslage von Bedeutung wird. Er will ja gerade den unmittelbaren Besitz verlieren zu Gunsten des Adressaten, dem er diesen Besitz verschaffen will. Gelingt es ihm, seine Sachen in den Machtbereich des Empfängers so zu schaffen, daß dieser nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt erlangt hat, dann hat der Empfänger den unmittelbaren Besitz erworben wie es der Absicht der Besitzaufgabe des Absenders entsprach. Jedoch bleibt der Absender gemäß § 868 mittelbarer Besitzer für die Zeit, während welcher der Empfänger durch die Stellung der Offerte zwecks Entscheidung über sie zum Besitz berechtigt ist. Da der Absender an seine Offerte gebunden ist, und der Empfänger zu ihrer Prüfung berechtigt ist, stehen zwar beide nicht in einem Vertragsverhältnis, wohl aber in einem „ähnlichen Verhältnisse", vermöge dessen der Empfänger dem Absender gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist, was das gemeinsame Merkmal aller im § 868 aufgeführten Verhältnisse ist.[1]) Vom Augenblick des Erlöschens des

[1]) Ebenso: Staudinger, Erl. 2 a zu § 867.

Antrags[1]) oder der Ablehnung der Offerte hat der Absender einen Herausgabeanspruch bezw. einen Abholungsanspruch gegen den Empfänger.[2])

Die Zusendung nicht bestellter Sachen gibt ein Beispiel für den Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Werden z. B. unbestellte Sachen in der Abwesenheit des Adressaten von dessen Dienstboten angenommen und in der Wohnung niedergelegt, dann ist der Adressat, trotzdem er davon nichts weiß, Besitzer geworden. Würden ihm jetzt die Sachen entwendet, so könnte er mit Erfolg sich der Besitzschutzklage bedienen, ebenso wie er gegen verbotene Eigenmacht mit Gewalt vorgehen könnte. Denn über die Sachen, die in der nur dem Wohnungsinhaber zugänglichen Wohnung liegen, hat der Wohnungsinhaber die tatsächliche Gewalt, wie auch von der Verkehrsanschauung anerkannt wird, natürlich abgesehen von den Fällen, in denen laut § 856 Abs. 2 ein anderer den Besitz an den Sachen hat. Daß jedoch bei einer unbestellten Sendung ein solcher Ausnahmefall nicht vorliegt, ist bereits oben ausgeführt. Um das gleiche Ergebnis herbeizuführen, nämlich den Besitzschutz für die unbestellten Sachen dem Empfänger zusprechen zu können, wurden von der Ansicht, die einen Besitzwillen für notwendig hält, die verschiedensten Konstruktionen gebildet, um dem erforderlichen Besitzwillen gerecht zu werden.

So wurde der Satz aufgestellt, eine Wohnung sei im Großen, was ein Briefkasten im Kleinen sei.[3]) Für diesen besteht nach dieser Ansicht ein Generalwille alles das zu besitzen, was in ihn hinein gelangt, wenn es seiner Zweckbestimmung nicht zuwider läuft. So erwirbt demnach ein Wohnungsinhaber an allen in seine Wohnung gebrachten Sachen Besitz, wenn es nicht gerade eine Bombe oder etwas ähnliches ist. Abgesehen von der kaum möglichen Begrenzung der Zweckbestimmung einer Wohnung, erscheint diese Konstruktion doch sehr gekünstelt, um ein Ergebnis herbeizuführen, welches sich, hält man einen Besitzwillen nicht für notwendig, von selbst versteht und welches von der Verkehrsauffassung für vorliegend angesehen wird. Nach meiner Ansicht wird auch an den der Zweckbestimmung einer Wohnung

[1]) Ebenso: Rosenberg § 868 S. 117, Staudinger, Erl. 12 zu § 868. RGR Komm. Erl. 3 zu § 868, Vergl. auch RGE. Bd. 49, S. 170 besonders S. 173.

[2]) Darüber unten § 10 der Arbeit.

[3]) Frank a. a. O., S. 23.

zuwiderlaufenden Sachen Besitz erworben, denn die von dem Inhaber der Wohnung gesetzte Zweckbestimmung für diese kann für den Besitzbegriff nicht maßgebend sein.

Eine andere Meinung[1]) nimmt von der Ablieferung der Sachen an zunächst keinen Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers an. Wenn dann aber nachher der Empfänger den Willen faßt, dann soll der Besitz schon seit dem Augenblicke der Apprehension bestehen. Das Neue dieser Konstruktion ist die Rückwirkung des Besitzes. Daß diese Lösung allzu gewaltsam herbeigeführt wurde, ist bereits nachgewiesen.[2]) Sie ist nicht anwendbar, da sie keine Stütze im Gesetz findet, welches hier nirgends auf eine Rückwirkung hindeutet.

Eine dritte Konstruktion[3]) versucht aus dem Charakter des Realgeschäfts, wie das Abnehmen der unbestellten Sachen genannt wird, zu ähnlichen Resultaten zu kommen. Eine unbestellte Zusendung wird in ein Real- und ein Kausalgeschäft zergliedert. Dieses umfaßt Realofferte und deren Annahme, jenes Kausalofferte und deren Annahme. Hier interessiert nur das Erste, da aus ihm die Rechtslage während der Zeit nach der Ablieferung der Sache, die ohne Zutun des Adressaten erfolgte, und vor der Annahme der Kausalofferte erklärt wird. Der reale Akt des Zusendens enthält nach dieser Ansicht eine Offerte, die streng zu scheiden ist von der Kausalofferte, und deren Inhalt gerichtet ist auf eine Besitzergreifung. Mit dem Zusenden erwirbt der Adressat ein Recht, Besitz an den Sachen zu ergreifen. Das Vorgehen des Absenders wird als eine Geschäftsführung ohne Auftrag dargestellt. Kommt der Adressat nach Hause und findet die Sendung vor bezw. erhält er irgendwie Kenntnis von ihr, so kann er diese auftragslose Geschäftsführung genehmigen. Dadurch nimmt er die reale Besitzofferte an und wird zum Besitzer. Da das Gesetz im § 184 Abs. 1 die Genehmigung mit rückwirkender Kraft ausgestattet hat, so wird der Adressat damit Besitzer schon seit dem Zeitpunkt der Ablieferung der Sachen. Auf diese Art wird ein rückwirkender Besitzerwerb begründet. Die Konstruktion lehne ich ab nicht nur deshalb, weil ich dem Willen keine so selbständige Stellung beim Besitzerwerb zuspreche, sondern auch deshalb,

[1]) Affolter, bürg. Arch. Bd. 17, S. 3 ff. Endemann II § 34 Anm. 19 S. 180.
[2]) Kniep a. a. O., S. 101. Raape, S. 76 ff.
[3]) Lange a. a. O., S. 22 ff.

weil ich das Verhalten des Absenders niemals als Geschäftsführung ohne Auftrag auffassen kann, trotz der angeführten Gründe. Denn diese treffen zum Teil nicht zu. Daß der Absender im Allgemeinen auch den Vorteil des Adressaten im Auge hat, also ein gemeinsames Interesse vorliegt, scheint mir mehr als zweifelhaft und sehr bedenklich, solches zu unterstellen. Denn ob auch der Adressat ein Interesse an der Sendung hat, soll sich ja erst zeigen und kann doch nicht aus der Notwendigkeit für eine Geschäftsführung ohne Auftrag von Anfang an angenommen werden. Gewiß werden Fälle vorkommen, wo der Absender auf den Vorteil des Adressaten bedacht ist, doch in der Praxis so selten, daß man diese nicht verallgemeinern darf. Die Hauptsache, das treibende Motiv, bei einer Zusendung nichtbestellter Sachen ist die Aussicht auf Gewinn bei dem Absender, und der Vorteil des anderen ist nur eine gewisse Gewähr für ihn, daß sie sich verwirklicht, nicht aber ein Motiv.

Von der Meinung, die einen Besitzwillen, sei es nun einen natürlichen oder gar einen rechtsgeschäftlichen Willen, für erforderlich hält, wird für den vorliegenden Fall, wenn aus Mangel eines Willens kein Besitzerwerb angenommen wird, das bestehende räumliche Verhältnis als objektives Gewahrsamsverhältnis bezeichnet. Damit wird aber ein Begriff in das Gesetz hineingetragen, den es nicht kennt, der vielmehr von dem Besitzbegriff mit umfaßt wird. Wenn der Besitz eines anderen nicht entgegen steht, so wird mit Erlangung der tatsächlichen Gewalt der Besitz begründet, ohne daß es eines hierauf gerichteten Besitzwillens bedarf. Daher beginnt von diesem Zeitpunkt an z. B. die Frist für die Ersitzung zu laufen, d. h. für unseren Fall seit dem Augenblick der Ablieferung, wenn damit der Zustand tatsächlicher Gewalt hergestellt wird. Werden aber z. B. unbestellte Sachen in meiner Abwesenheit in einen jedermann zugänglichen Schuppen gestellt und auf diese Art bei mir abgeliefert, so kann man Besitz nicht zusprechen, da keine tatsächliche Gewalt vorliegt. Hier beginnt die Ersitzungsfrist erst mit dem späteren Besitzerwerb, denn dieser ist die Voraussetzung für ihren Lauf. Aber den Beginn der Ersitzungsfrist zu verneinen, wenn der Besitzwille nicht vorhanden war, und also nur ein sogenannter Gewahrsam vorliegt, geht nicht an, da das BGB. den Begriff der Detention nicht hat. Aus dem öffentlich-rechtlichen Gewahrsamsbegriff auch für das

Privatrecht einen solchen ableiten zu wollen[1]) mit diesen bestimmten Folgen, ist abzulehnen. Es soll eine Unbilligkeit darin liegen, daß es nach der hier vertretenen Auffassung des Besitzes möglich sein kann, diesen einem anderen ohne seinen Willen aufdrängen zu können.[2]) Trotz der gegebenen Beispiele kann ich dem nicht zustimmen, da der ohne Willen erworbene Besitz für den Erwerber doch keine Verschlechterung seiner Rechtslage herbeiführt, da er praktisch doch keine Pflichten begründet. Daß den Erwerber evtl. eine Herausgabepflicht trifft, ist oben bereits verneint, er kann vielmehr immer noch bis zu einer willentlichen Inbesitznahme seinerseits auf den im § 867 vorgesehenen Abholungsanspruch hinweisen. Erst nach erfolgter Inbesitznahme trifft ihn eine Herausgabepflicht. Sonst hat der Besitzerwerb ohne Willen für den Erwerber, dem er aufgedrängt wurde, nur Rechtsvorteile im Gefolge, die im Fall, daß sie nicht gewollt sind, entweder durch Besitzaufgabe zum Erlöschen gebracht oder durch Nichtgebrauch negiert werden können. Es erscheint die Lösung besser, daß für einen anderen Rechtsvorteile zum Entstehen kommen können, als daß die Möglichkeit fehlt, sich diese zu sichern.

Wird z. B. von einem guten Onkel dem Neffen in seiner Abwesenheit eine Schachtel Zigaretten in die Manteltasche gesteckt, so erwirbt damit der Neffe Besitz an dem Zugesteckten. Würde man dies leugnen, so müßte man, wenn ein anderer indessen die Sachen aus der Tasche genommen hat, den umständlichen Weg über § 823 Abs. 2 (Verletzung eines Schutzgesetzes, da Diebstahl — Gewahrsamsbruch in Aneignungsabsicht — vorliegt) und § 249 beschreiten, um evtl. die Sachen zurückzuerhalten. Wenn man schon bei der Gegenmeinung hier ein schutzwürdiges Interesse anerkennt, so ist es doch praktischer, hier Besitz anzunehmen, d. h. sich von dem Besitzwillen zu trennen, und nicht ein dem BGB. fremdes Gewahrsamsverhältnis zu konstruieren, welches dann auf Umwegen mit dem nötigen rechtlichen Schutz ausgestattet wird.

Wenn in einem Lande, in dem das Tragen und Besitzen von Waffen verboten ist, A. dem B. einen Dolch heimlich in die Reisetasche steckt, so zögere ich nicht, auch hier dem B. Besitz

[1]) Endemann II § 35 Anm. 2 S. 185.
[2]) Staudinger, Erl. I, 2, b zu § 854.

zuzusprechen.[1]) Denn die Folgen seines Besitzes sind nicht anders als wenn ihm nur Gewahrsam an dem Dolch zugesprochen wird. Wird die Waffe entdeckt, so hängt seine Bestrafung, ob Besitz oder Gewahrsam erworben wurde, davon ab, daß B. sich exkulpieren kann, zunächst liegt ein Verstoß gegen das Verbot vor. Der Zweck eines solchen Verbotes richtet sich darauf, den Besitz von Waffen zu strafen, worunter man aber nur den willentlichen Besitz zu verstehen hat. Wenn die Waffe bei B. gefunden wird und sich der Tatbestand aufgeklärt hat, dann wird B. auch sofort den Besitz aufgeben. Er verliert nicht dadurch allein seinen Besitz, daß sich der Tatbestand aufgeklärt hat, wie angenommen wurde.[2])

Zusammenfassend ist über die Besitzverhältnisse bei der unbestellten Zusendung zu sagen, daß regelmäßig der Empfänger nach der Ablieferung Besitzer des Zugesandten wird,[3]) es sei denn, daß damit für ihn noch nicht die tatsächliche Gewalt erlangt ist. Der Absender gibt seinen unmittelbaren Besitz auf, bleibt aber mittelbarer Besitzer bis zur Annahme der Kausalofferte, da dann sein Herausgabeanspruch erlischt. Selbst wenn der Empfänger nicht Besitzer wird, werden also die Sachen nicht herrenlos.

§ 7.

Besteht eine Aufbewahrungspflicht?

Ist die unbestellte Sendung in den Besitz des Adressaten ohne dessen Willen oder Kenntnis gelangt, wie z. B. in dem Fall, daß ein Dienstbote das Paket angenommen hat, so wird die Frage akut, ob eine Aufbewahrungspflicht auf Seiten des Empfängers vorliegt. In diesem Fall sind die unbestellten Sachen durch die einseitige Handlung des Absenders in die Behausung des Empfängers

---

[1]) Beispiel von Endemann § 34 Anm. 12 S. 178. Ebenso wie Endemann Kurt Weist S. 39, die hieran besonders die Unbilligkeit aufgedrängten Besitzes zeigen wollen und einen Besitzerwerb hier ablehnen.

[2]) Weist a. a. O. „Sobald der Tatbestand aufgeklärt ist, wird B. niemals als Besitzer der Waffe angesprochen werden dürfen". S. 39. Aber vorher?

[3]) a. A. Staudinger, Erl. 5 zu § 146 S. 623.

gelangt, und es ist bereits oben gesagt, daß eine völlig einseitige Handlung niemand verpflichten kann, für einen anderen tätig zu werden. Dazu bedarf es immer des Bestehens eines Schuldverhältnisses, mag es geartet sein wie es will. In Konsequenz dieses Grundsatzes muß die Antwort auf die Frage nach einer Aufbewahrungspflicht verneinend lauten. Die Sachen sind ohne Zutun des Adressaten zu ihm gelangt, infolgedessen hat er auch nicht für sie zu sorgen. Macht er von den ihm zustehenden Entledigungsrechten, auf die unten eingegangen wird, keinen Gebrauch, wozu er durchaus nicht verpflichtet ist, so kann er die unbestellten Sachen bei sich liegen lassen, ohne daß ihn irgend eine Haftung in Bezug auf diese trifft.[1]) Sollte der Absender dem Adressaten in einem Begleitschreiben ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, so braucht dem keinerlei Beachtung geschenkt zu werden. Verderben die Sachen oder kommen sie, da sich niemand um sie kümmert, abhanden, dann hat der Absender den Schaden und kann sich nicht an den Empfänger halten, denn er hat die Pflicht, will er sich dieser Gefahr nicht aussetzen, sich nach dem Verbleib seiner Sachen zu erkundigen und diese nötigenfalls selbst in Obhut zu nehmen. Wenn auch früher[2]) diese Materie anders geregelt war, so gilt heute doch grundsätzlich das Prinzip, daß der Empfänger keinerlei Verpflichtungen übernommen hat. Hat jemand z. B. unbestellt einen Zentner Kohlen erhalten und sind diese bereits ohne seinen Willen und Wissen in seinen Keller gekommen, so ist er nicht verpflichtet, wenn er merkt, daß diese jeden Tag weniger werden, ein besonderes Sicherheitsschloß an der Kellertür anzubringen oder andere Maßnahmen zu treffen, um die Diebstähle zu verhindern. Sollten die ohne Bestellung angekommenen Havanna-Zigarren durch die Lagerung in Ofennähe so austrocknen, daß sie beträchtlich an Wert verlieren, so kann der Absender deswegen von dem Empfänger nicht Ersatz fordern, da dieser sich keineswegs um die Sendung kümmern muß.

Wenn aber der Adressat oder ein zu solchen Handlungen Bevollmächtigter die ohne Bestellung zugesandten Sachen abgenommen hat, obwohl er die Unbestelltheit erkannte, und wußte, daß er dazu nicht verpflichtet war, so ist hier seine Stellung eine

[1]) Ebenso: Assmann § 38 S. 102. Staudinger, Erl. 5 zu § 146 S. 622. Josef a. a. O. Regelsberger, Civ. Er. S. 60 f.

[2]) Preuß. Landrecht § 137 ff. I 7.

wesentlich andere. In diesem Falle trifft ihn eine Aufbewahrungspflicht. Denn es würde wider Treu und Glauben verstoßen, wenn man eine Sache abnehmen würde, um sie zu besichtigen und auf ihre Verwendbarkeit zu prüfen, und sie bei negativem Ergebnis verkommen lassen würde, weil man sich nicht mehr um sie kümmert. Unbestritten ist es, daß der Empfänger in diesem Fall für die Sachen zu sorgen hat, damit er, wenn das angestrebte Geschäft nicht zustande kommt, in der Lage ist, dem Absender die Sachen herauszugeben. Aber sehr umstritten ist der Umfang der Aufbewahrung, der davon abhängt, wie das bestehende Verhältnis zwischen Absender und Empfänger juristisch zu konstruieren ist. Es hat sich hier eine Meinung[1]) gebildet, die ein Vertragsverhältnis annimmt, und eine andere,[2]) die nur ein vertragsähnliches Verhältnis zugibt. Die Vertreter der ersten Ansicht sind unter sich wieder durchaus nicht einig, da die einzelnen verschiedene Verträge annehmen. Es wurde gesagt,[3]) es läge in diesem Fall ein Verwahrungsvertrag vor. In der Zusendung wäre auch eine Offerte zu einem solchen Vertrag enthalten, die durch die Abnahme der Sachen, durch schlüssige Handlungen, angenommen wäre und die den Inhalt hätte, die zugesandten Sachen im Falle der Ablehnung der Kausalofferte zu verwahren. Daß dies abzulehnen ist,[4]) ist bereits nachgewiesen,[5]) da für die Konstruktion eines Verwahrungsvertrages nötig ist, daß die Verwahrung den Hauptzweck des Vertrages bildet. Ebenfalls abzulehnen ist die Ansicht, es läge ein Kauf auf Probe vor. Denn bei diesem bildet die Uebergabe der Sachen bereits den Vollzug des Vorvertrages, in unserem Falle sind aber keinerlei Abmachungen vorhergegangen resp. sind sie wieder zusammengefallen, d. h. nichtig.

Aber auch für die Unterstellung eines Besichtigungsvertrages[6]) ist nicht einzutreten. Ausgehend von der im BGB. herrschenden Vertragsfreiheit wurde ein Vertrag angenommen, der den Inhalt hatte, daß der Absender die Sachen dem Empfänger zum Besichtigen überließ. Mit der Empfangnahme soll dieser Vertrag

---

[1]) Vertreten von: Beer a. a. O., Assmann S. 53 f., die aber untereinander erheblich abweichen.

[2]) Vertreten von: Friedheim a. a. O. S. 98.

[3]) Beer a. a. O.

[4]) Staudinger, Erl. 5 zu § 146 ebenso.

[5]) Assmann S. 126.

[6]) Aufgestellt von Assmann § 53 f. und vertreten auch von Lange a. a. O.

zustandekommen, da hierin eine stille Annahme liegt. Dagegen ist aber anzuführen, daß in der Empfangnahme auch keine stille Annahme zu sehen ist, in einem Fall nämlich, wenn der Adressat nur aus Gefälligkeit die Sendung abnahm. Da die Motive, aus denen heraus eine Sendung abgenommen wird, aber nach außen selten in die Erscheinung treten werden, so ist es auch nicht möglich, hierin eine Annahme der Offerte des Besichtigungsvertrages zu sehen, so daß hierdurch ein Vertragsverhältnis zwischen Absender und Empfänger nicht entsteht. Da aber doch gewisse rechtliche Beziehungen durch die Annahme zwischen den beiden Parteien begründet werden, wie z. B. die Berechtigung des Empfängers zum unmittelbaren Besitz während der Dauer der Gebundenheit des Absenders an die Kausalofferte, so schließe ich mich der zweiten Meinung an, und nehme ein vertragsähnliches Verhältnis für vorliegend an. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag, die durch die Abnahme der Ware für begründet gehalten wurde,[1]) ist abzulehnen, da zu ihrer Annahme ein fremdes Geschäft geführt werden müßte. Wenn jemand jedoch unbestellte Sachen abnimmt, so tut er es meistens im eigenen Interesse, um die Sachen zu prüfen. Wenn er gar kein Interesse an der Sendung hat, dann wird er diese auch von vornherein zurückweisen und sich nicht erst mit ihr abgeben. Obwohl mitunter auch im Interesse des Absenders gehandelt werden wird, bleibt aber selbst dann das eigene noch so überragend, daß eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen ist.

Der Empfänger, der die unbestellten Sachen in Kenntnis der Unbestelltheit abgenommen hat, um diese zu prüfen, besitzt sie, wie oben ausgeführt, als unmittelbarer Besitzer. Da der Absender mit dem Empfänger in einem vertragsähnlichen Verhältnisse steht, so ist der Absender nach § 868 ebenfalls Besitzer und zwar mittelbarer. Nach §§ 985 f. BGB. kann der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser nicht zum Besitz berechtigt ist. (§ 986 BGB.). Da der Empfänger, solange die Annahmefrist für die Kausalofferte läuft, zum Besitz berechtigt ist, weil er das Recht hat, den Antrag anzunehmen oder abzulehnen, so kann der Absender erst nach Ablauf der Annahmefrist, wenn diese ungenutzt verstrichen ist, vom Empfänger die Sachen herausverlangen. Zu diesem Zeitpunkt muß der

[1]) Hanausek, Haftung I, S. 235 f.

Empfänger zur Herausgabe in der Lage sein und dieses wird er nur können, wenn er die unbestellten Sachen aufbewahrt hat.[1]) Der Empfänger schuldet also dem Absender eine Aufbewahrung seiner Sachen, und über den Umfang dieser Pflicht besagt § 276 BGB., daß er Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, mit anderen Worten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt walten zu lassen hat. So muß Rücksicht auf die besonderen Eigenschaften der Sache genommen werden z. B. dürfen photographische Platten nicht an's Tageslicht gelegt werden, Sachen, die Feuchtigkeit oder Wärme nicht vertragen, dürfen nicht dem entgegen gelagert werden. Wie groß die erforderliche Sorgfalt die aufgewendet werden muß, ist, bestimmt sich nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben, die also den Maßstab für die Aufbewahrungspflicht abgeben. Zwar bestimmt der § 276, daß der Schuldner Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat, jedoch ist es im vorliegenden Falle, wo die Schuld nur in einer Aufbewahrung besteht, angebracht, diese strenge Haftung dadurch zu mildern, daß man den § 690 BGB. analog anwendet, so daß auf Seiten des Empfängers nur für die Sorgfalt eingestanden wird, die in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt.[2]) (§ 277 BGB.).

Zwar muß der Empfänger die Sachen des Absenders aufbewahren, doch trifft ihn diese Pflicht nicht bis in die Ewigkeit. Auch hier muß das Prinzip von Treu und Glauben durchgreifen und eine Beschränkung herbeiführen. Danach wird die Aufbewahrung als eine einstweilige anzusprechen sein, die solange dauert, wie der Empfänger unter Berücksichtigung des konkreten Falles z. B. der Entfernung der Orte braucht, um eine Entscheidung zu treffen. Dazu kommt noch, daß § 379 HGB. den Käufer im Falle der Beanstandung verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen, und es geht doch nicht an, unseren Empfänger schlechter zu stellen als einen Käufer.

Im Falle, daß leicht verderbliche Sachen unbestellt verschickt wurden, ist von dem Empfänger verlangt worden, daß er diese,

[1]) Ebenso begründet die Aufbewahrungspflicht für diesen Fall Friedheim S. 99 f.

[2]) Ebenso: Assmann S. 132. Vergl. § 277 BGB. a. A. Staudinger, Erl. 5 zu § 146 S. 623, der § 300 analog anwenden will, so daß die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit besteht. Er weist dem Adressaten eine ähnliche Stellung zu wie sie der Schuldner bei Gläubigerverzug einnimmt.

um den Absender vor Schaden zu bewahren und um seiner Aufbewahrungspflicht zu genügen, für dessen Rechnung verkaufen müsse.[1]) Jedoch geht diese Ansicht viel zu weit, denn nicht der Absender, sondern der Empfänger ist der Schutzbedürftige. Der Absender weiß ganz genau, daß die Sachen, die er verschickte, leicht dem Verderben ausgesetzt waren, also kann er auch dafür sorgen, daß ihn kein Schaden trifft.

§ 8.

Antwortpflicht, insbesondere die Bedeutung des Schweigens.

Bereits oben ist der Satz ausgesprochen, daß niemand durch das einseitige Vorgehen eines anderen gezwungen werden kann, für diesen tätig zu werden. In Verfolgung dieses Prinzips und dessen Anwendung auf den Fall einer Zusendung von unbestellten Sachen ist das Ergebnis die grundsätzliche Verneinung einer Antwortpflicht auf Seiten des Empfängers. Der Absender ist verpflichtet, sich nach dem Schicksal seiner Sachen und des von ihm gestellten Antrags zu erkundigen. Wenn der Empfänger nichts von sich hören läßt, so ist der Absender grundsätzlich nicht dazu berechtigt, irgend welche Schlüsse aus dem Verhalten des Empfängers zu ziehen. Darüber herrscht heute in der Wissenschaft und Praxis völlige Einigkeit.[2]) Früher allerdings zur Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechts war die Frage nach der Bedeutung des Stillschweigens lebhaft umstritten. Man legte einerseits das Kanonische Recht, welches den Satz qui tacet consentire videtur enthielt,[3]) dahin aus, daß man in dem Schweigen eine Zustimmung sah, andererseits folgte man dem römischen Recht[4]) und interpretierte das Schweigen nur in einigen Ausnahmefällen als Zustimmung.[5]) Man erkannte aber, daß eine Lösung dieser

[1]) Hanausek, Haftung I S. 236 Anm. 27.
[2]) Vergl. Lange a. a. O. S. 59, Anm. 4.
[3]) Cap. 43 in VI to de R. S. 5, 12.
[4]) L. 142 D. de R. I. 50, 17.
[5]) Vergl. Fränkel a. O. S. 27 ff.

Frage, die auf alle vorkommenden Fälle paßt, nicht möglich ist, und beschränkte sich darauf, Richtlinien zu geben, indem man sagte, daß Schweigen dann Zustimmung bedeutet, wenn man zufolge der Redlichkeit oder aus Vernunftsgründen die Ablehnung hätte anzeigen müssen.

Das heutige Recht gibt denn auch keine allgemein gültigen, positiven Normen, was Schweigen auf einen Antrag bedeutet, sondern regelt nur einige besondere Fälle und überläßt die Lösung der Frage den das ganze Recht durchziehenden Bestimmungen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Diese allein sind fähig, den Grundsatz zu durchbrechen und den Empfänger zu verpflichten, wenn er die unbestellten Sachen ablehnen will, dies dem Absender zur Anzeige zu bringen. Außerdem besteht aber in wenigen Fällen für den Empfänger eine Antwortpflicht unter dem sonstigen Präjudiz der Zustimmung kraft Gesetzes.

Will der Empfänger, wenn die Voraussetzung des § 362 HGB. oder § 663 BGB. vorliegen, den in der Zusendung liegenden Antrag ablehnen, so muß er unverzüglich antworten, andernfalls gilt sein Schweigen als Annahme. Dieser Fall stellt nur eine Ausnahme dar und ist einer analogen Anwendung unfähig.[1]) Eine bedeutend wichtigere Ausnahme enthält das HGB. und zwar in § 378, der die Bestimmungen des § 377 auch auf Mehrsendungen und Sendungen von Sachen anderer Art ausdehnt, wenn letztere nicht offensichtlich so erheblich von der Bestellung abweichen, daß eine Genehmigung als ausgeschlossen erscheint. Will der Empfänger Sachen dieser Art nicht behalten, so muß er sie unverzüglich nach der Kenntnisnahme der Unbestelltheit dem Absender zur Disposition stellen. Erscheint die Genehmigung als ausgeschlossen, so hört die Verpflichtung zur unverzüglichen Anzeige der Ablehnung auf. Wann dies der Fall ist, muß vom objektiven Standpunkt aus betrachtet werden. Denn der Absender handelt mehr oder weniger eigenmächtig und darf sich nicht zum Nachteil des Empfängers damit entschuldigen können, daß er, wenn auch unter falschen Voraussetzungen, die Genehmigung für durchaus möglich hielt.

Bei offensichtlich sehr erheblicher Abweichung gilt das Unterlassen einer Anzeige nicht als Zustimmung gemäß § 378 HGB.,

[1]) Vergl. S. 18 der Arbeit.

jedoch schließt diese Bestimmung nicht aus, daß es trotzdem dafür gewertet werden kann. Wenn von der Bestellung abweichende Sachen nicht unter § 378 fallen, so kommen die Grundsätze über unbestellte Sachen zur Anwendung,[1]) und nach diesen kann das Stillschweigen sehr wohl einmal eine Zustimmung zu dem gestellten Antrag bedeuten, nämlich dann, wenn die Umstände des konkreten Falles eine andere Auslegung nicht zulassen. Dafür in Betracht kommen hauptsächlich die §§ 151 BGB. und 346 HGB.,[2]) ferner die Beachtung von Treu und Glauben. Ob ein Vertragsantrag auch ohne Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden angenommen werden kann, bestimmt sich einmal nach der Absicht des Antragenden, wenn dieser nämlich auf eine ausdrückliche Erklärung verzichtet hat, andermal nach der Verkehrssitte, wenn nach ihr eine Annahme ohne Erklärung dem Antragenden gegenüber üblich ist. (§ 151 BGB.) Unter Verkehrssitte oder Handelsbrauch ist eine im Verkehr übliche Handlungsweise zu verstehen, durch die aber nicht eine bindende Regel verwirklicht wird, die also kein Gewohnheitsrecht ist.[3]) Damit ein Vertrag zustande kommt, ist demnach in den Fällen des § 151 BGB. nur die Annahme des Antrags, keine Erklärung derselben dem Offerenten gegenüber nötig. Gewöhnlich geschieht die Annahme dann durch schlüssige Handlungen, die diese nach außen kund tun. Wann solche Handlungen vorliegen, habe ich oben bereits ausgeführt.[4]) In denjenigen Fällen, in denen von der Verkehrssitte oder von feststehenden Handelsgebräuchen dem völlig passiven Verhalten des Antragsempfängers die Bedeutung der Genehmigung beigelegt wird, gilt auch bloßes Stillschweigen als Annahme. Demnach ist dann immer nach der Verkehrssitte im Schweigen eine Zustimmung zu sehen, wenn man durch Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben dieses als solche auslegen darf. Das Unterlassen einer Erklärungsanzeige hat dann zur Folge, daß es Zustimmung zum Vertragsantrag bedeutet und stellt sich nicht etwa als eine Pflichtverletzung dar, die einen Anspruch auf Schadenersatz begründet.[5])

[1]) Vergl. Denkschrift zum HGB. S. 243.
[2]) Staudinger, Erl. 5 zu § 146 BGB.
[3]) Enneccerus § 38 I.
[4]) Vgl. § 5, S. 22 der Arbeit.
[5]) Ebenso Endemann Bürg. R. I, S. 267. Friedheim a. a. O. S. 39.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß grundsätzlich das Schweigen keinen Schluß auf den Zustimmungswillen des Antragsempfängers zuläßt. Wenn aber die Grundsätze von Treu und Glauben fordern, daß bei Ablehnung des Antrags der Antragende davon zu benachrichtigen ist, so gilt in diesen Fällen bei Unterlassung der Anzeige das Schweigen als Zustimmung. Wann letzteres gegeben ist, ist Tatfrage und läßt sich nur in Ansehung des einzelnen konkreten Falles entscheiden.

Da besonders im Handelsverkehr die Beachtung von Treu und Glauben eine Rolle spielt, so daß z. B. den Kaufleuten im § 346 HGB. eine Rücksichtnahme auf geltende Gewohnheiten und Gebräuche zur Pflicht gemacht ist, so hat man geglaubt, daß unter Kaufleuten bei Zusendung von Unbestelltem stets eine Antwortpflicht besteht.[1]) Dies ist aber abzulehnen, da mit dieser Ansicht die Beachtung von Treu und Glauben zu weit ausgedehnt wird. Wenn auch Vermögenswerte des Absenders auf dem Spiele stehen, so kann dieser doch nicht verlangen, daß der Empfänger ihm die Ablehnung anzeigt. Denn was dem einen recht ist, ist dem anderen billig, und danach könnte es mitunter dahin kommen, wenn mehrere Absender unbestellte Sachen schicken, daß der Empfänger einen großen Teil seiner Tätigkeit auf das Abschicken von Ablehnungsanzeigen konzentrieren müßte. Grundsätzlich besteht auch im Handelsverkehr keine Antwortpflicht, ebensowenig wie die bereits behandelte Abnahmepflicht. Eine allgemeine Antwortpflicht könnte nur durch einen bestehenden Handelsbrauch bedingt sein, da das Gesetz eine solche in diesem Umfange nicht vorschreibt. Entgegen früheren Annahmen[2]) läßt sich aber ein dahingehender Handelsbrauch nicht nachweisen,[3]) so daß auch nach § 346 HGB. eine Verpflichtung zur Antwort nicht zu konstruieren ist. Jedoch bestehen für einzelne Gruppen von Kaufleuten Usancen, die eine Anzeige der Ablehnung eines Antrags erfordern, so z. B. für die Buchhändler.[4])

Ob eine zwischen Kaufleuten bestehende Geschäftsverbindung ausreicht, um eine Verpflichtung zu begründen, die Ablehnung

[1]) Wolff in Busch's Arch. Bd. 15, S. 315f.

[2]) Z. B. Gareis, Stellen zur Disposition, S. 174, § 60 IV. Rechtsprechung sächsischer Gerichte.

[3]) Enfscheidung des ROHG. XVI, S. 131f. — Aßmann S. 150. — Milster S. 15. — Lange S. 59.

[4]) Vergl. Aßmann S. 151.

des Antrags anzuzeigen, soll das Schweigen nicht als Zustimmung gelten, ist bestritten. Schlechthin für ausreichend hält es die eine Meinung,[1]) während eine andere Ansicht,[2]) der ich beipflichte, außer dem Bestehen einer Geschäftsverbindung noch für erforderlich hält, daß in Ansehung der Verbindung von Zeit zu Zeit Vertragsanträge in der hier behandelten Form gestellt worden und diese immer von dem Empfänger angenommen worden sind. Durch die dauernde Uebung ist hier zwischen den Parteien ein Brauch[3]) entstanden, der den Empfänger zwingt, im Fall der Ablehnung diese dem Absender mitzuteilen, da sonst sein Schweigen nach Treu und Glauben als Zustimmung auszulegen ist. Besteht aber nur eine einfache Geschäftsverbindung, so ist kein Anlaß gegeben, daß hier der Absender aus dem Schweigen eine Zustimmung herauslesen darf. Denn ein dahingehender Handelsbrauch besteht nicht. Schweigen wird hier ebenso wie sonst, sogar als Ablehnung zu gelten haben, da die Annahmefähigkeit des Antrags nur begrenzt ist (§ 147 BGB.). Wird der Antrag verspätet angenommen, so gilt dies als neuer Antrag und dieser muß erst vom Absender angenommen werden. Nach § 151 BGB. wird ein Schweigen des Absenders hierauf als Annahme zu gelten haben, da der Absender durch das Liegenlassen der Sachen beim Empfänger die Vermutung der Geneigtheit, auch eine verspätete Annahme zu billigen, gegen sich hat.

Wie das Stillschweigen in den Fällen einer irrtümlichen Zusendung auszulegen ist, ist bestritten. Wenn der Absender die Sachen abschickt in dem Irrtum, daß sie bestellt seien, und der Empfänger verhält sich stillschweigend, so sieht darin die eine Meinung[4]) eine Annahme, sowohl nach bürgerlichem Recht, wie nach Handelsrecht, da Treu und Glauben sonst eine Anzeige zur Aufklärung des Absenders verlangt hätten. Jedoch sehe ich in dem Unterlassen der Anzeige keine Arglist des Empfängers, wenn er es nicht etwa tut, um aus dem Irrtum des Absenders Gewinn zu schlagen oder wenn er den Irrtum veranlaßt hat. Denn eine

---

[1]) Gareis, Stellen zur Disposition S. 177. — Gareis, in Endemann's Handbuch II, S. 573.

[2]) Hanausek, Haftung I, S. 221. — Aßmann S. 54. — Friedheim S. 51.

[3]) Aßmann S. 147 ebenso.

[4]) Gareis, Stellen zur Disposition S. 178, § 60, 2c. — Gareis, in Endemann's Handbuch II. — Wolff, § 262 IV, lcc. — Busch's Arch. Bd. 15, S. 310.

Last, die er tragen soll, kann auch nur durch sein Verschulden hervorgerufen sein. Deshalb schließe ich mich der Gegenmeinung [1]) an, die besagt, daß der Absender die Folgen seines Irrtums selbst zu tragen hat und den Empfänger keine Erklärungspflicht trifft. Wollte man der ersten Meinung folgen, dann wäre man einem unverfrorenen Absender, der seinen Sendungen grundsätzlich ein Begleitschreiben mit dem Anfang: „Auf Grund Ihrer Bestellung vom . . .“ beilegt, immer im Fall der Ablehnung erklärungspflichtig. Aber auch bei nicht dolosem Verhalten des Absenders würde die Auferlegung einer Antwortpflicht den Grundsatz von Treu und Glauben zu weit ausdehnen. Aus Rücksicht auf die Höflichkeit und des Anstands kann man sich bewogen fühlen, zu antworten, eine Rechtspflicht dazu oder eine Pflicht, die Ablehnung unter dem sonstigen Präjudiz der Genehmigung anzuzeigen, besteht nicht.[2]) Dieses wurde dahin erweitert, daß im Fall des Bestehens einer Geschäftsverbindung, diese Anstandspflicht zu einer Rechtspflicht wird,[3]) damit der Geschäftsfreund vor Schaden bewahrt bleibt. Diesem trete ich auch aus diesem Grunde bei, da durch eine Geschäftsverbindung, d. h. durch das Ausführen von öfter einlaufenden Bestellungen, ein solcher Irrtum leichter veranlaßt wird. Ebenso ist der Fall zu beurteilen, indem die Zusendung auf Grund eines Schreibfehlers bei der Adressenaufschrift oder durch einen Irrtum der Uebermittlungsperson oder -Anstalt ausgeführt wurde. Wenn der Empfänger bereits zu der Zeit der Ablieferung Kenntnis von dem Irtum hatte, und trotzdem abnahm, so ist er verpflichtet, dem Absender eine Mitteilung zukommen zu lassen, da er als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.[4]) (§ 681 BGB.)

Beruht der Irrtum des Absenders darauf, daß er bei einer Person, die für einen anderen eine Bestellung bei ihm macht, eine Vertretungsmacht für diesen annahm, so braucht der Empfänger der Sendung grundsätzlich keine Anzeige zur Aufklärung abzuschicken. Dagegen muß er es tun, wenn der Besteller ein zu solchen Handlungen nicht befugter Angestellter von ihm war, da es sonst ein Verstoß gegen Treu und Glauben wäre, und

[1]) Aßmann S. 142. — Hanausek I S. 223. — Fränkel S. 45.
[2]) Vgl. Fränkel S. 45, Anm. 43.
[3]) Friedheim S. 55.
[4]) Friedheim S. 53 ebenso.

sein Schweigen ihm deshalb mit Recht zum Nachteil ausgelegt werden müßte.[1])

Werden zu bestellten Sachen unbestellte beigelegt, so daß letztere einen Vertragsantrag enthalten, so entschied das R.O.H.G.[2]) als der Empfänger einen Teil der unbestellten Sachen zurückschickte und über den anderen Teil schwieg, dahin, daß hier das Stillschweigen als Annahme des Restes der unbestellten Sachen zu deuten sei. Werden aber von einem Buchhändler mehrere Bücher zur Ansicht unbestellt übersandt, so ist unbestritten, daß, wenn ein Teil der Bücher zurückgesandt und über den Rest geschwiegen wird, noch keine Annahme darin zu erblicken ist.[3]) Eine allgemeine Regelung der Antwortpflicht bei der sonstigen Vermutung der Genehmigung läßt sich, wie aus den angegebenen Fällen ersichtlich, nicht aufstellen, es sind vielmehr bei der Beurteilung eines jeden Falles die genauen Verhältnisse und konkreten Umstände zu beachten. Dabei ist im Zweifel immer der Empfänger besser als der Absender, abgesehen von den Irrtumsfällen, zu stellen, da dessen Interesse überwiegt und dieser daher auch die meisten Lasten tragen muß. Daß eine einseitige Erklärung des Absenders an den Empfänger, wenn er bis zu einem bestimmten Termin keine gegenteilige Nachricht habe, würde er dies als Zustimmung ansehen, rechtlich bedeutungslos ist, ist unbestritten. Die Beigabe des Rückportos oder die Aufforderung, die Sachen im Ablehnungsfall zurückzuschicken, begründet nicht die Verpflichtung auf der Empfängerseite, diesen Vorschriften folgen zu müssen.

§ 9.
Entledigungsrechte.

Für den Empfänger einer Sendung unbestellter Sachen ist es nötig, daß er sich der Sachen, im Fall der Ablehnung eines Vertragsschlusses, entledigen kann und nicht erst darauf warten muß, bis ihn der Absender bald oder später davon befreit. Das Gesetz gibt ihm daher auch mehrere Mittel an die Hand, um den

[1]) Ebenso: Hanausek, Haftung.
[2]) R.O.H.G. XVI, Nr. 15, S. 40ff.
[3]) Milster a. a. O. S. 23.

gewünschten Erfolg, sich von den Unannehmlichkeiten, die derartige Sendungen oft mit sich bringen, frei zu machen, herbeizuführen. In Bezug auf diese Mittel ist zu unterscheiden, ob der Empfänger die Sachen mit Willen und in Kenntnis ihrer Unbestelltheit bei sich aufgenommen hat oder ob diese bei ihm auf diese oder jene Weise[1]) „eingeschmuggelt" wurden. Denn der Empfänger, in dessen Besitz die Sachen ohne seinen Willen gelangt sind, hat natürlich mehr Behelfe zur Entledigung, als wenn der Besitzerwerb durch sein Zutun eingetreten ist. Denn er muß den Besitz im Fall der Ablehnung schnell aufgeben können, da er ihn in diesem Fall wider seinen Willen erworben hat und er also sich durch seine Aufgabe durchaus nicht in Widerspruch mit seinem Verhalten setzt. Dagegen kann das bestehende Verhältnis nicht so schnell gelöst werden, wenn der Empfanger die Sachen willentlich in Besitz genommen hat, da sein Verhalten den Absender berechtigt, anzunehmen, daß der Empfänger den Antrag erst in Erwägung ziehen will und Interesse dafür hat. Hier werden also die Sachen normalerweise länger bei dem Empfänger bleiben.

Dem Empfänger, der die unbestellten Sachen in seinem Besitz vorfindet, ist vom Gesetz durch § 862 BGB. eine Klage gegeben, um die Wegschaffung zu erreichen. Denn, wenn man die unbestellten Sachen los sein will, dann ist mit einer bereits in die Behausung des Adressaten gelangten unbestellten Sendung eine Störung das Besitzes dieser Behausung verbunden, mag sie groß oder klein sein. Da diese Störung nicht vom Gesetz gestattet ist, so stellt sie sich als widerrechtlich dar und ist also verbotene Eigenmacht. (§ 858 BGB.). Bei diesem Tatbestand kann der Besitzer, hier der Empfänger, von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen, (§ 862 BGB.), also im vorliegenden Fall Wegschaffung der Sachen fordern. Grundsätzlich ist dieser Weg immer gangbar. Mag auch die Störung noch so klein sein, so ist sie immerhin vorhanden und genügt. Der Absender als Beklagter müßte das Nichtvorhandensein einer Besitzstörung beweisen, was ihm in der Praxis wohl kaum gelingen dürfte. Außerdem ist bereits früher darauf hingewiesen,[2]) daß, wenn man auch mitunter kaum von einer Besitzstörung durch die Eigenschaften der Sache sprechen kann, eine solche aber immer durch die Dauer des Aufenthalts in der Behausung des Empfängers entsteht.

[1]) Vgl. S. 27 f. der Arbeit.

[2]) von Lange S. 63.

Wenn der Empfänger nicht nur Besitzer sondern auch Eigentümer der Wohnung oder der Geschäftsräume ist, so kann er auch mit der Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004 BGB.) auf Beseitigung der Beeinträchtigung klagen und, sollten weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sein, auf Unterlassung. Praktisch wird mit dieser Klage noch seltener als mit der Besitzklage vorgegangen werden, da man mit der Besitzklage schneller zum Ziel kommt. Ein Verschulden auf der Absenderseite ist für beide Klagen nicht erforderlich, so daß auch in einem Irrtumsfalle mit diesen Mitteln vorgegangen werden kann.

In der Praxis wird sich ein Empfänger, um sich unbestellter Sachen zu entledigen, anderer Mittel bedienen, da das Beschreiten des Klageweges zu umständlich und zu langsam ist. Früher wurde behauptet,[1]) der Empfänger hätte in dem Fall, daß die Sachen bei ihm eingeschmuggelt wurden, das Recht, diese unbekümmert um ihr weiteres Schicksal auf die Straße zu werfen. Daß diese Meinung zu weit geht, ist bereits nachgewiesen.[2]) Zwar ist das Verhalten des Absenders, wenn die Sachen ohne Zutun des Wohnungsinhabers in die Wohnung kommen in Bezug auf die Wohnung, verbotene Eigenmacht, der sich der Besitzer mit Gewalt erwehren darf (§ 859 BGB.), doch sind ihm in der Ausübung dieses Rechts Grenzen im öffentlichen Interesse gezogen. Wenn man auch grundsätzlich nicht von Moral oder Sitte eingeengt oder verhindert wird, von einem zustehenden Recht Gebrauch zu machen, so hat der Gesetzgeber doch Normen geschaffen, die imstande sind, eine im konkreten Fall als harte Unbilligkeit empfundene Ausübung eines Rechts zu verhindern. Es sind dies die §§ 226 und 826 BGB. Gerade im Fall einer unbestellten Zusendung sind diese Bestimmungen wichtig, da sie Härten vermeiden helfen, die leicht entstehen könnten, wenn sich der Empfänger seines Erwehrungsrechtes bedient, indem er die unbestellten Sachen fortwirft. Das sogen. Schikaneverbot des § 226 wird allerdings im vorliegenden Fall selten praktisch werden, da die Ausübung des Entledigungsrechtes wohl immer einen anderen Grund haben kann, als den, dem Absender Schaden zuzufügen. Für die Anwendung dieses Paragraphen ist aber erforderlich, daß, ganz objektiv betrachtet die Schadenszufügung nur der einzige Zweck

[1]) von Josef in Dtsch. Jurist. Ztg. 1901 Nr. 16/17.

[2]) so z. B. Staudinger, Erl. 5 zu § 146 BGB. S. 623. Friedheim S. 81.

der Ausübung des Rechts sein kann. Dagegen gebietet § 826 dem Empfänger, Einhalt zu tun, wenn sein Handeln eine gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung des Absenders sein würde. Wann sein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht generell zu beantworten, sondern richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Verursacht der Absender mit seiner Sendung eine erheblichere Besitzstörung, so stellt sich das Entledigen durch Fortwerfen der Sachen nie als gegen die guten Sitten verstoßend dar.[1]) Befreit sich dann der Empfänger auf diese Art, so ist dieses nicht abhängig von einer vorher dem Absender geschickten Aufforderung, die unbestellten Sachen abzuholen.

Ebenso darf der Empfänger unter dem Gesichtspunkt der Notwehr sich der Sachen z. B. durch Fortwerfen erwehren, wenn das Zugesandte für ihn oder einen anderen eine drohende Gefahr enthält und der entstehende Schaden nicht unverhältnismäßig groß wird. Das Gleiche gilt, wenn die unbestellten Sachen leicht verderblich oder bereits verfault sind. Auch hier kann der Empfänger jedes Mittel anwenden, um sich von der Belästigung zu befreien, jedoch hat er die oben angeführte Einschränkung zu beachten, d. h. er darf damit keine unerlaubte Handlung begehen.

Unbestritten hat der Empfänger in den Fällen, in denen er sich der Sachen lt. § 859 BGB. erwehren darf, das Recht der Rücksendung. In der Praxis wird diese Art am meisten angewendet werden, da sie die bequemste und schnellste ist. In Vorschuß für den Absender braucht der Empfänger nicht zu gehen, da er die Sendung entweder unfrankiert oder unter Nachnahme der Portokosten schicken darf.[2]) Eine Einschränkung dieses Rechts durch die §§ 226 oder 826 BGB. wird wohl nie in Betracht kommen, weil ein Verstoß gegen die guten Sitten in dem Zurücksenden nicht erblickt werden kann, so daß dem Empfänger dieses Recht schlechthin immer zusteht.[3]) Selbst wenn der Absender anzeigte, er würde die Sachen bald wieder abholen lassen, braucht man sich darauf nicht einzulassen, sondern kann die Rücksendung vornehmen. Es mag dies wohl unhöflich erscheinen, eine unerlaubte Handlung stellt es aber nicht dar. Selbstverständlich wird man nur solche Sachen per Nachnahme zurücksenden, die durch

[1]) Ebenso: Friedheim S. 84. Fränkel Anm. 7 im § 10.

[2]) Ebenso: Staudinger, Erl. 5 zu § 146, S. 623.

[3]) Vgl. das Anm. 2 Angeführte.

ihren Wert im gegebenen Falle die Portokosten decken. Sonst könnte es sich ereignen, daß man diese, wenn der Absender die Annahme der Nachnahme verweigert, selbst bezahlen muß, da sich die Post dann an den Auftraggeber der Sendung hält. Ebenso kann der Empfänger einen anderen Weg einschlagen, der ihm ebenfalls immer offen steht und gleich schnell zum Ziel führt. Er kann von seinem Entledigungsrecht Gebrauch machen, indem er die Sachen einem öffentlichen Lagerhaus oder einem Lagerhalter übergibt. Für die entstehenden Kosten kann sich der Empfänger an den Absender halten,[1]) und zwar steht ihm für diesen Anspruch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 2 zu. Ob einem Kaufmann, wenn ihm von einem anderen Kaufmann unbestellte Sachen geschickt werden und diese ohne seinen Willen in seinen Gewahrsam gelangt sind, das weitergehende, kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist eine Frage, die für diesen Tatbestand zu verneinen ist. Denn § 369 Abs. 1 HGB. verlangt, daß die Sachen mit Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, was hier nicht zutrifft.

Gemäß § 867 BGB. muß der Empfänger die Abholung der Sachen gestatten, wenn er sie noch nicht in Besitz genommen hat.[2]) Es ist dies eine Leistung des Empfängers, die aber nur ausgeführt werden kann, wenn auch der Gläubiger die Abholung vornimmt.

Lt. §§ 295/293 kommt der Absender, der Gläubiger, in Annahmeverzug, wenn er auf eine Aufforderung des Empfängers hin dessen Leistung nicht annimmt. In diesem Fall kann sich der Empfänger der Sachen lt. § 372 bezw. § 383 BGB. entledigen, d. h. er kann sie für den Absender hinterlegen oder, wenn sie sich dazu nicht eignen, versteigern lassen.[3]) Wenn der Empfänger auf die Rücknahme der Sachen verzichtet, wird er von jeder Verpflichtung frei (§ 378 BGB.). Eine Androhung oder Benachrichtigung darf in diesen Fällen unterbleiben, da sie untunlich ist (§ 384, Abs. 3 BGB.).

In dem Vorhergehenden ist davon ausgegangen, daß die Sache ohne Willen und ohne Kenntnis von ihrer Unbestelltheit

[1]) Unbestritten ebenso: Friedheim S. 67, der direkt eine Schadensersatzpflicht aus § 867 begründet; Fränkel S. 72, der aus Analogie von § 373 HGB. zum gleichen Ergebnis kommt.

[2]) Vgl. darüber die Ausführungen unter § 6 der Arbeit.

[3]) Ebenso: Aßmann S. 105.

in den Besitz des Empfängers gelangte. Wenn nun der Empfänger bei dem Vorfinden der Sachen mit diesen eine seinem bereits vorher erworbenen Besitz entsprechende willentliche Handlung vornimmt, dann gibt er damit auch seinem Willen Ausdruck, den ihm vom Absender gestellten Antrag in Erwägung zu ziehen. Daraus erhellt, daß er ebenso, als hätte er die Sachen trotz Kenntnis ihrer Unbestelltheit mit Willen abgenommen, nicht die Entledigung von den Sachen mit der Besitzstörungs- oder Eigentumsfreiheitsklage erreichen kann, da eine evtl. Störung in diesem Fall nicht durch verbotene Eigenmacht entsteht, sondern durch die Handlung des Besitzers selbst, der trotzdem er dazu nicht verpflichtet war, doch die Sachen abnahm bezw. sich mit ihnen abgab. Jedoch auch bei diesem Tatbestand ist der Empfänger nicht dem guten Willen des Absenders ausgesetzt, um von den Sachen frei zu kommen. Da ihn aber hier eine Aufbewahrungspflicht trifft,[1]) so kann er im Ablehnungsfall nicht sofort von seinen Entledigungsrechten Gebrauch machen. Er muß vielmehr einige Zeit damit warten. Die Grenze wird dort zu suchen sein, wann im konkreten Fall der Absender unter regelmäßigen Umständen in der Lage ist, sich um die zugesandten Sachen zu kümmern. Nach dieser Frist kann der Empfänger die Sachen ebenfalls unter Nachnahme der Portospesen, nicht aber unfrankiert,[2]) dem Absender zurücksenden, jedoch besteht in verschiedenen Branchen eine Usance, nach der hier der Empfänger die Rücksendungskosten zu tragen hat.[3]) Wenn der Empfänger die Frist nicht innehält, dann stellt sich dies als ein Verstoß gegen Treu und Glauben dar, da er seiner Aufbewahrungspflicht nicht genügt, und er würde daher dem Absender nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig werden. Hierin eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu sehen,[4]) halte ich nicht für zutreffend, da der Empfänger hier überwiegend in seinem Interesse handelt. Tut er es einmal mehr im Interesse für den Absender, wenn er also dessen mutmaßlichen Willen ausführt, dann wird gewöhnlich auch kein Schaden entstanden sein.

Bereits auch vor Ablauf dieser Frist kann aber der Empfänger den Absender auffordern, die Sachen abzuholen, und

[1]) Vgl. S. 38 der Arbeit.

[2]) Dieses Vorgehen würde dem Absender einen Schaden zufügen, der zu vermeiden war. Evtl. Schadensersatz § 826 BGB.

[3]) Vgl. Friedheim S. 106.

[4]) Vgl. Anm. 3.

setzt damit den Absender, wenn dieser säumig ist, in Annahmeverzug. Dadurch hat er dann ein Recht, die Sachen zu hinterlegen, bezw. zu versteigern[1]) und wird frei, wenn er auf die Rücknahme verzichtet. Da ich ein Vertragsverhältnis zwischen Empfänger und Absender abgelehnt habe, so geht meine Meinung auch dahin, daß eine Vertragsklage auf Rückschaffung der Sachen nicht gegeben ist, wie behauptet wurde.[2])

§ 10.
Die rechtliche Stellung des Absenders.

Mit der Zusendung gelangt eine Einladung zu einer Offerte oder eine annahmefähige Offerte zum Empfänger. Liegt in der Sendung bereits ein Antrag zu einem Vertrag, so ist der Absender an diesen gebunden (§ 147 Abs. 2 BGB.), d. h. er kann ihn nicht vor Ablauf einer bestimmten[3]) Frist widerrufen oder abändern. Vom Gesetz wird aber dem Absender gestattet, diese Gebundenheit auszuschließen, was im Handelsverkehr meist durch die Zusätze zum Antrag: „freibleibend" oder ähnliches zu geschehen pflegt.[4]) Den Beweis dafür, daß eine Gebundenheit ausgeschlossen ist, muß der Absender führen. Dadurch wird die Annahmefähigkeit des Antrags nicht beeinträchtigt. Der Offerent hat aber auch nach der Annahme ein Abänderungs- bezw. Widerrufsrecht, von dessen Gebrauch er aber dem Adressaten im Falle einer unverzüglichen Bestellung ebenfalls unverzüglich Mitteilung machen muß.[5]) Ist in dem Antrag derartiges nicht erwähnt, so beginnt die Gebundenheit des Absenders gemäß § 130 BGB. in dem Augenblick, in dem die Antragserklärung dem Empfänger zugeht und dauert solange, wie es die §§ 147 Abs. 2 und 151 BGB. bestimmen. Da der Inhalt eines Antrags sehr verschieden sein kann, so ist

[1]) Staudinger Erl. 5 zu § 146.

[2]) So von Aßmann S. 136.

[3]) Vgl. das weiter unten Ausgeführte.

[4]) Vgl. darüber RGR. Komm. Erl. 2 zu § 145 Abs. 2; Staudinger Erl. 7a zu § 145, nach dem im Zweifel ein wirksamer Antrag überhaupt noch nicht vorliegt, sondern nur eine Aufforderung, Anträge zu machen.

[5]) Ebenso: RGR. Komm. Erl. 2 zu § 145.

die Festsetzung einer genau bestimmten und für jeden Fall geltenden Frist im Gesetz unterblieben. Es kommt hier ganz auf die regelmäßigen Umstände und die Verkehrssitte an,[1]) und außerdem spielt der Wille des Absenders eine große Rolle. Konnte er die Gebundenheit sogar ganz ausschließen, so steht ihm auch das Recht zu, die Annahmefrist zu verkürzen, so weit er dies rechtzeitig tut, d. h. zugleich mit dem Antrag, oder diese zu verlängern. Die Bestimmung der Frist liegt insofern in den Händen des Absenders, als für sie nur sein Standpunkt maßgebend ist; er darf davon ausgehen, daß bei der Beförderung und Prüfung seines Antrags alles so zugeht, wie es seiner Erfahrung entspricht.[2])

Da der Empfänger gewöhnlich nicht verpflichtet ist, dem Absender von seinem Entscheid Nachricht zu geben, so muß sich der Absender, wenn er keine Frist setzte, oder der Empfänger schwieg, nach dem Verbleib seiner Sachen erkundigen, wenn er dem eingetretenen Schwebezustand ein Ende bereiten will, denn er hat diesen durch seine Sendung hervorgerufen.

Im Ablehnungsfalle wird der Absender seine Sachen von dem Empfänger abholen, da dieser auch nicht gegen Erstattung des Rückportos verpflichtet ist, ein Zurückgehen zu bewirken.[3]) Diese Pflicht bedeutet aber auch ein Recht des Absenders, im Falle der Ablehnung oder nach Erlöschen des Antrags wieder zu seinen Sachen zu kommen. Weigert sich der Empfänger, ihm dies zu gestatten, so sind dem Absender vom Gesetz Mittel gegeben, dies zu erzwingen.

Wenn der Empfänger die Sachen noch nicht in Besitz genommen hat,[4]) so kann der Absender lt. § 867 BGB. nur verlangen, daß ihm vom Empfänger die Aufsuchung und Wegschaffung der Sachen gestattet wird.[5]) Wenn dabei die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, kann der Empfänger die Gestattung verweigern, bis ihm vom Absender Sicherheit geleistet worden ist, außer wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Entsteht

[1]) Ebenso: Assmann S. 41.

[2]) Ebenso: Staudinger, Erl. 5 Abs. 4 a. E. zu § 147: „Der Antragende braucht mit etwas Anomalen nicht zu rechnen".

[3]) Ebenso: Staudinger, Erl. 5 zu § 146.

[4]) d. h. die bereits in seinem Besitz befindlichen Sachen noch nicht durch eine Willensbetätigung in Besitz genommen hat. Vgl. § 6 oben, ebenso Rosenberg § 867 S. 113.

[5]) Staudinger a. a. O. will § 1005 und § 867 wenigstens analog anwenden.

ein Schade, so ist der Absender ersatzpflichtig. Dieser Anspruch des Absenders ist kein Herausgabeanspruch, sondern nur ein Anspruch gegen den Empfänger auf Duldung der Wegschaffung der Sachen. Deshalb braucht der Empfänger bei der Geltendmachung des Anspruchs nicht selbst tätig zu werden, darf sich aber auch andererseits keiner unerlaubten Handlung schuldig machen, wie es z. B. der Fall wäre, wenn er die Sachen verstecken und dadurch das Recht des Absenders vereiteln würde. (§ 823 Abs. 2 BGB.). Daß der Absender genau den Ort angeben müßte, wo sich die Sache befindet,[1]) ist nicht erforderlich.

Verweigert der Empfänger überhaupt die Gestattung der Aufsuchung, so übt er damit seine tatsächliche Herrschaft willentlich über die Sache aus, hat also, wenn nicht schon durch eine frühere willentliche Inbesitznahme, jetzt die Sache in Besitz genommen.[2]) Da der Anspruch aus § 867 aber nur besteht, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist, so muß der Absender sich, wenn sich der Empfänger darauf beruft, anderer Mittel bedienen, um seine Sachen wieder zurück zu erhalten. Denn auch die in diesem Augenblick durch die Verweigerung der Aufsuchungserlaubnis erfolgte Inbesitznahme, bringt den Anspruch zum Erlöschen,[3]) da das „inzwischen" heißt, daß eine Inbesitznahme seit dem Augenblick, von dem an sich die Sache auf dem Grundstück befindet, wie auch jedes spätere diesen Erfolg hat.[4])

Wenn der Antrag erloschen[5]) oder die Ablehnung desselben erklärt ist, dann hat der Absender, soweit er Eigentümer der zugesandten Sache ist, den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB., da von diesem Zeitpunkt an das Recht des Empfängers zum Besitz erlischt. Wenn die Herausgabe verweigert wird, dann tritt lt. § 990 BGB. Verzugshaftung ein und der Empfänger muß für jede Fahrlässigkeit haften. Es ist aber hier zu beachten, daß der Absender die Sachen abholen muß, und der Empfänger nicht dadurch in Verzug kommt, daß er eine Rücksendung weigert, denn dazu ist er nicht verpflichtet. Er hat nur herauszugeben.

[1]) So behauptet von Josef a. a. O.

[2]) d. h. nachdem er bereits Besitz hatte, den er ohne sein Zutun erwarb. Vgl. § 6. Rosenberg § 867, S. 113, IV lc.

[3]) Wolff, Sachenrecht, § 19, VII 2.

[4]) Rosenberg, § 867, IV lc, S. 113.

[5]) Vgl. Staudinger. Erl. 1 zu § 146 BGB.

Außerdem hat der Absender einen Anspruch auf Herausgabe der Sachen aus den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und zwar ohne Rücksicht, ob er Eigentümer ist oder nicht. Denn der Empfänger ist über den Zeitpunkt der Annahmefähigkeit der Offerte hinaus nur zum Besitz der Sachen berechtigt, wenn er den gestellten Antrag auch annimmt, lehnt er diesen aber ab, oder läßt er die Zeit, in der ihm eine Annahme möglich ist, unbenutzt verstreichen, dann besitzt er ohne rechtlichen Grund, da ihm der Besitz nicht mehr zusteht, den er durch die Leistung des Absenders auf dessen Kosten erlangt hat (§ 812, Abs. 1, Satz 1 BGB.). Die Bereicherung des Empfängers besteht in dem Besitz der Sendung. Da dieser wegen der mit ihm zusammenhängenden Rechtsvorteile ein Rechtsgut[1]) darstellt, so ist hier die Bereicherungsklage gegeben,[2]) die gerade im vorliegenden Fall von großer Bedeutung sein wird. Denn der § 861 nützt dem Absender nichts, da er verbotene Eigenmacht des Empfängers voraussetzt, die nicht vorliegt, und ebenso versagt § 1007, Abs. 1, da der Empfänger bei dem Besiteerwerb wegen seiner Berechtigung dazu nie bösgläubig sein kann. Fällt diese Bereicherung aber später wieder fort, dann hat der Absender keine Möglichkeit mehr, den Besitz der Sache oder einen Ersatz dafür wieder zu erlangen, da sein Anspruch nur auf die Bereicherung des Empfängers geht. Der häufigste Fall für den Wegfall der Bereicherung wird der sein, daß der Empfänger das Zugesandte in einem entschuldbaren Irrtum verbraucht oder verzehrt, ohne dadurch eine Ersparnis zu machen. Der Empfänger nimmt z. B. an, da aus der Sendung nichts genaues zu ersehen ist, die Flasche Wein, die ihm am Geburtstage abgegeben wird, sei ihm von einem Freund geschenkt, und deshalb trinkt er sie. In diesem Fall nützt auch dem Absender, wenn er Eigentümer ist, der Herausgabeanspruch aus seinem Eigentum nichts, da der Empfänger das Unvermögen, die Leistung zu erbringen, nicht zu vertreten hat, und deshalb frei wird (§ 275 BGB.). Hierin zeigt sich besonders die Gefährlichkeit einer unbestellten Zusendung, die leicht dem

[1]) Enneccerus/Wolff II, § 3 III, nennt den Besitz ein relatives, subjektives Recht. — v. Thur, Allg. Teil I, S. 208, 254, bezeichnet ihn als absolutes Recht.

[2]) Ebenso: RGRKomm. Erl. 1 zu § 812 unter b. RG. im Recht 1918 Nr. 230. — Staudinger, Vorbem. zu § 812, Nr. 5, Abs. 2. — Rosenberg vor § 858, II, 2, S. 62. — Aßmann S. 123, § 52, Abs. 2. — RGE. Bd. 40, S. 326ff. Strohal S. 56. — Lange S. 69.

Absender zum Schaden gereichen kann, wenn er seine Absicht nicht deutlich genug zum Ausdruck bringt. Kennt der Besitzer den Mangel des rechtlichen Grundes, dann haftet er in verstärktem Maße (§ 819, Abs. 1 und § 292 BGB.).

Der Empfänger hat an den unbestellten Sachen bereits Besitz und außerdem ist für ihn die Möglichkeit gegeben, durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung sogar Eigentum an dem Zugesandten zu erlangen, wenn er es nicht vorzieht, dieses durch Eingehen in den angebotenen Vertrag zu erwerben. Im ersteren Falle steht dem Absender ein Anspruch auf Vergütung in Geld zu, aber nur insoweit, als der Empfänger bereichert ist (§ 951 BGB.). Wenn ihm nicht sogar ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegeben ist.

Dem Anspruch des Absenders auf Herausgabe bezw. Gestattung der Wegschaffung der Sachen kann der Empfänger ein Zurückbehaltungsrecht wirksam entgegensetzen, wenn der Absender seinen Verpflichtungen nicht genügt. Es kann dieses auf einem Schadensersatzanspruch des Empfängers beruhen. Denn der Absender haftet für jeden Schaden, den die zugesandten Sachen dem Empfänger zufügen. Durch einen solchen verletzt er widerrechtlich den Besitz des Empfängers, also ein „sonstiges Recht",[1]) und macht sich nach § 823, Abs. 1 BGB.[2]) schadensersatzpflichtig. Für diese Pflicht ist aber immer Widerrechtlichkeit und Schuld Voraussetzung. Dies kann für den Absender mitunter mit recht großen Kosten verknüpft sein, wenn z. B. einem Gutsbesitzer unbestellt ein krankes Tier zugesandt wird und dieses die anderen Tiere angesteckt hat, vorausgesetzt, daß Fahrlässigkeit auf Seiten des Absenders vorliegt. Außerdem hat der Absender, da er verpflichtet ist, die Sachen abzuholen, im Falle daß der Empfänger die Rücksendung veranlaßt, diesem die Kosten zu ersetzen. Desgleichen hat er für die Hinterlegungskosten aufzukommen. Macht der Empfänger für die Sache notwendige Aufwendungen, füttert z. B. das ihm zugesandte Tier, dann kann er vom Absender Ersatz verlangen (§ 994ff. BGB.). Wenn der Empfänger Kaufmann[3]) ist, so kann er unter besonderen Voraus-

[1]) Vgl. das oben Gesagte, Aßmann S. 112.

[2]) a. A. Rosenberg vor § 858, II, 3, S. 63, der den Besitz nicht als Recht auffaßt, begründet die Schadensersatzforderung aus § 823, Abs. 2, wegen Verletzung des Schutzgesetzes des § 858 BGB.

[3]) Daß auch der Absender Kaufmann ist, ist nicht nötig.

setzungen (§ 354 HGB.) für die Aufbewahrung Lagergeld oder für Dienstleistungen Provision fordern. Hat der Absender den Empfänger gebeten, im Ablehnungsfalle die Sachen so lange aufzubewahren, bis er sie abholen würde, dann könnte auch ein Nichtkaufmann ebenso wie ein Kaufmann, wenn er der Bitte nachkommt, von dem Absender eine Vergütung fordern, wenn eine Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine solche zu erfolgen pflegt.[1]) (§ 686 BGB.)

Daß der Absender den Empfänger nicht zwingen kann, seinen Vertragsantrag anzunehmen, ist selbstverständlich. Mitunter wird aber versucht, besonders in dem Fall, daß der Empfänger der Sendung schweigt, auf diesen einen gewissen Druck auszuüben. Meist geschieht dies, indem der Absender dem Empfänger mitteilt, daß er, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist keinen gegenteiligen Bescheid erhält, sich erlauben werde, den Preis durch Nachnahme zu erheben. Es ist bereits dargelegt, daß der Empfänger hierauf nicht einzugehen braucht, infolge dessen wird dieser die Nachnahme nicht bezahlen und sie zurückgehen lassen. Damit weiß der Absender genau, daß sein Antrag abgelehnt ist, aber nicht selten setzt er sich darüber hinweg und schickt eine zweite Nachnahme. Tut er dies wiederholt, so wird der Empfänger nicht nur belästigt, sondern es kann darin sehr wohl auch eine Schädigung seines Ansehens liegen. Schützen kann er sich dagegen, indem er eine einstweilige Verfügung gegen den Absender erwirkt. (§ 940 ZPO.). Hat der Absender sich nicht nur auf das Schicken von Nachnahmen beschränkt, sondern versucht, einen Druck dadurch auszuüben, daß er den Empfänger durch einen Rechtsanwalt auffordert, bei Vermeidung einer Klage den Preis bis zu einem bestimmten Termin zu zahlen, dann ist oft eine Strafanzeige gegen ihn am Platze. Denn bei Ablehnung seines Antrags hat er kein Recht auf den Preis und versucht also, sich von einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil durch Drohung zu verschaffen, er begeht demnach eine Erpressung im Sinne von § 253 StGB. Gewiß wird nicht in allen Fällen in seinem Vorgehen eine Drohung liegen, da man der Klage ruhig entgegen sehen kann. Jedoch wenn der Empfänger eine in diesen Dingen unerfahrene Person ist, dann wird der Tatbestand einer Drohung gegeben sein und eine Bestrafung des Absenders im öffentlichen Interesse liegen.

[1]) Ebenso: Aßmann S. 116.

Lebenslauf.

Ich, Hellmuth Franke, wurde am 9. Februar 1904 zu Berlin als Sohn des Kaufmanns Gustav Franke und seiner Ehefrau Johanna, geb. Bischlager, geboren. Als Vornamen erhielt ich die Namen Hellmuth, Gustav, Louis. Von Ostern 1910 bis Ostern 1922 besuchte ich das Luisenstädtische Realgymnasium zu Berlin, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Während des Sommerhalbjahrs 1922 war ich bei meinem Vater im Geschäft praktisch tätig. Oktober 1922 bezog ich die Universität Berlin, wo ich Rechts- und Staatswissenschaften studierte. Nach 5 Semestern, Ostern 1925, verließ ich die Berliner Universität, um mein Studium an der Universität Rostock fortzusetzen. Dort bestand ich am 23. Juli 1926 die mündliche Doktorprüfung.